

TARIFVORRANG UND MITBESTIMMUNG IN SOZIALEN ANGELEGENHEITEN

Inaugural — Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms—Universität zu Münster

vorgelegt von
Assessor Klaus Klasen
aus Langenfeld/Rhld.

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554821_0037

TARIFVORRANG UND MITBESTIMMUNG IN SOZIALEN ANGELEGENHEITEN

Inaugural – Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms–Universität zu Münster

vorgelegt von
Assessor Klaus Klasen
aus Langenfeld/Rhld.

1982



Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Bernert
Dekan : Prof. Dr. Dr. Krawietz
Tag der mündlichen Prüfung: 9.7.1982

INHALT

	Seite
1. EINLEITUNG/GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG	1
1.1 Offene Grundsatzfragen im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	1
1.2 Der Meinungsstreit zum Verhältnis von Tarifvorrang und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	3
1.2.1 Das Problem	3
1.2.2 Entwicklung des Meinungsstreits und derzeitiger Streitstand	4
1.2.3 Erkenntnisse aus der Streitstandsübersicht	8
1.2.3.1 Verschärfung des Problems durch das BetrVG'72	8
1.2.3.2 Bedeutung der Abgrenzung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen	9
1.2.3.3 Denkbare Lösungsmodelle	12
1.3 Gang der Untersuchung	13
2. REGULUNGSGEGENSTAND UND FUNKTION DER §§ 77 ABS. 3 UND 87 ABS. 1 EINL. BetrVG	15
2.1 Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 BetrVG	15
2.1.1 Schutzfunktion der Mitbestimmung	15
2.1.2 Bedeutung des Tarifvorranges in § 87 Abs. 1 BetrVG	17
2.1.3 Folgerungen für die Auslegung des § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG	19
2.2 Sinn und Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG	21
2.2.1 Die vertretenen Auffassungen	22
2.2.1.1 Schutz der Tarifaufonomie	22

	Seite
2.2.1.2	Werbungskraft der Koalitionen 24
2.2.1.3	Wahrung des Betriebsfriedens 25
2.2.2	Ansatzpunkte für die Interpretation des § 77 Abs. 3 BetrVG 26
2.2.2.1	Gesetzeswortlaut und Gesetzessystematik 26
2.2.2.2	Anliegen des Allgemeininteresses 27
2.2.2.3	Bedeutung der Arbeitsentgelte 28
2.2.3	Erhaltung der lohnpolitischen Leitfunktion der Tarifverträge als Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG 28
2.2.4	Auseinandersetzung mit Gegenargumenten 32
2.2.5	Folgerungen für die Auslegung des § 77 Abs. 3 BetrVG 35
2.3	Funktionsunterschied zwischen §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einl. BetrVG 37
3.	TATBESTANDLICHE REICHWEITE DES § 77 ABS. 3 BetrVG 38
3.1	Die Tatbestandsmerkmale "Arbeitsentgelte" und "sonstige Arbeitsbedingungen" 38
3.2	Kategorien der "sonstigen Arbeitsbedingungen" 39
3.3	Kein Hindernis für eine expansive Tarifpolitik 42
4.	EINZELNE TATBESTÄNDE DES § 87 ABS. 1 IM VERGLEICH MIT § 77 ABS. 3 BetrVG 43
4.1	Mitbestimmung beim Arbeitsentgelt/Problem der Mitbestimmung über die Lohnhöhe 43
4.1.1	Betriebliche Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) 44
4.1.1.1	Meinungsstand und Begründungsversuche zum Mitbestimmungsrecht bei der Lohnhöhe 44

	Seite
4.1.1.2 Gegenargumente	46
4.1.1.2.1 Gesetzeswortlaut/Gesetzessystematik	46
4.1.1.2.2 Grundprinzipien der Arbeitsverfassung	48
4.1.1.2.3 Kriterien für den Spruch der Einigungsstelle	49
4.1.1.2.4 Kooperationsgebot	51
4.1.1.2.5 Andere Rechtsinstitute des Arbeitnehmerschutzes	52
4.1.1.3 Mitbestimmung nur hinsichtlich der Lohnfindung	55
4.1.2 Akkord- und Prämiensätze	56
4.1.2.1 Hervorhebung der Geldfaktoren	56
4.1.2.2 Terminologische Unklarheiten	58
4.1.2.3 Lohnpolitische und lohntechnische Seite beim Akkord	58
4.1.2.4 Entstehungsgeschichte des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG	61
4.1.2.5 Leistungslohnspezifische Besonderheiten	63
4.1.2.5.1 Physische Belastungen	64
4.1.2.5.2 Bestimmung der Leistungsnorm	64
4.1.2.6 Leistungsgerechte Entlohnung als legislativ-rischer Grundgedanke der Mitbestimmung beim Leistungslohn	66
4.1.2.7 Austauschbarkeit der Faktoren	68
4.1.2.8 Einheitlicher Normzweck	70
4.1.2.9 Keine Mitbestimmung über den Richtsatz beim Leistungslohn	72
4.1.2.10 Keine Beschränkung auf formelle Arbeitsbedingungen	73
4.1.3 Tatbestandlicher Vergleich zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 und § 77 Abs. 3 BetrVG	74

	Seite
4.2	Mitbestimmung bei vorübergehender Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Ar- beitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) 76
4.2.1	Mitbestimmung über die Arbeitszeitdauer 76
4.2.2	Gegenstand der Mitbestimmung 77
4.2.3	Faktische Grenzen tariflicher Regelungsmacht 80
4.2.4	Keine Überschneidung zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG 83
5.	DIE TATBESTANDLICHE EXKLUSIVITÄT DER §§ 87 ABS. 1 UND 77 ABS. 3 BetrVG ALS LEGIS- LATIVES KONZEPT 87
5.1	Prinzipien der gesetzlichen Regelung 87
5.2	Fehlen einer Kollisionsnorm 92
5.3	Sachliche Gemeinsamkeiten aller Regelungs- gegenstände der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten 93
5.3.1	Betriebsbezogenheit als Wesensmerkmal der Mitbestimmungstatbestände 93
5.3.2	Betriebsbezogenheit als Abgrenzungs- kriterium 95
5.3.3	Lohnpolitik und betriebspraktische Fragen 97
5.4	Ausgewogene Kompetenzverteilung 99
6.	DIE AUFFASSUNG VON DER TATBESTANDLICHEN EXKLUSIVITÄT IM SPEKTRUM DES MEINUNGSSTREITS 103
6.1	Kein prinzipiell neuer Interpretations- gesichtspunkt 103
6.2	Vergleich mit der "Zwei-Schranken-Theorie" und der "Vorrang-Theorie" 104
6.3	Die Unterscheidung zwischen betriebsprak- tischen und lohnpolitischen Angelegenheiten in der Rechtsprechung des BAG zu § 87 BetrVG 108

	Seite
6.3.1	Mietzinsbildung bei Werkmietwohnungen 109
6.3.2	Leistungsplangestaltung bei der betrieblichen Altersversorgung 110
6.3.3	Arbeitgeberzuschuß zu Kontoführungsgebühren bei bargeldloser Lohnzahlung 114
6.3.4	Betriebliche Lohngestaltung; insbesondere Vergütungsregelungen für AT-Angestellte 116
6.3.5	Leistungsbezogene Entgelte/Provisionen 121
6.3.6	Gesamtbetrachtung 125
7.	ÜBERLEGUNGEN ZUR PRAKTIKABILITÄT/INITIATIVRECHT DES BETRIEBSRATES/VERFAHRENSRECHTLICHE FRAGEN 127
7.1	Sachzusammenhang und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen lohnpolitischen und betriebspraktischen Angelegenheiten 127
7.2	Initiativrecht des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten 128
7.2.1	Entwicklung und Gegenstand des Meinungsstreits 128
7.2.2	Historie und Teleologik 131
7.2.3	Grenzen der Mitbestimmungstatbestände 132
7.2.3.1	Unternehmerische Planungsfreiheit 133
7.2.3.2	Lohnpolitische Vorentscheidungen 137
7.2.3.3	Fazit 140
7.2.4	Kompetenzgrenzen und Ermessensschränken 143
7.3	Gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Einigungsstelle 144
8.	SCHLUSSBEMERKUNG 148

9.	ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN	Seite 150
	ABKÜRZUNGEN	156
	LITERATUR	158

1. EINLEITUNG/GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

1.1 Offene Grundsatzfragen im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Rechtswissenschaft und Praxis können heute auf eine gut zehnjährige Erfahrung mit dem am 19.1.1972 in Kraft getretenen Betriebsverfassungsrecht zurückblicken. Dabei wird deutlich, daß das Gesetz weder einen Schlußpunkt unter die rechtspolitische Diskussion gesetzt hat, noch zu einer Beruhigung der rechtsdogmatischen Auseinandersetzungen beigetragen hat. Beides konnte allerdings bei realistischer Betrachtung auch nicht erwartet werden, letzteres schon deshalb nicht, weil das BetrVG'72 nur in wenigen Punkten Klarstellungen gegenüber dem früheren Rechtszustand brachte¹, im übrigen aber ungelöste Probleme aus dem BetrVG'52 - teilweise sogar in aktualisierter oder verschärfter Form - übernahm und überdies den Grund für eine Vielzahl neuer Streitfragen legte^{1a}.

In besonderem Maße gilt das für den Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, der das "Herzstück" des Gesetzes bildet. Hier werden nicht nur Einzelfragen des qualitativ und quantitativ erweiterten Mitbestimmungskataloges heute zum Teil noch ebenso intensiv und kontrovers wie vor zehn Jahren diskutiert, umstritten sind vielmehr auch zahlreiche grundlegende Fragen der "allgemeinen Lehren" zur Mitbestimmung in sozialen

1 Klarstellungen erfolgten z.B. hinsichtlich der unmittelbaren und zwingenden Wirkung (§ 77 Abs. 4 BetrVG), der Kündigungsfristen (§ 77 Abs. 5 BetrVG) und der Nachwirkung (§ 77 Abs. 6 BetrVG) von Betriebsvereinbarungen; allerdings bestanden insoweit unter Geltung des BetrVG'52 keine gravierenden Meinungsunterschiede, vgl. statt vieler NEUMANN-DUESBERG S. 371 ff.

1a Vgl. dazu auch KONZEN BB 77/1307 ("Das neue Recht hat viele Streitpunkte mitgeschleppt, bei manchen das Argumentationsspektrum verlagert und einige erst deutlicher ins Blickfeld gerückt").

Angelegenheiten. Zwar haben sich inzwischen zu den meisten Streitfragen zahlenmäßig eindeutig überwiegende Meinungen gebildet - man denke z.B. an das Initiativrecht des Betriebsrats², die Mitbestimmung in Eilfällen³ oder die Rechtsfolge mangelnder Betriebsratsbeteiligung⁴ - gleichwohl konnte eine allgemein befriedigende Lösung vielfach nicht gefunden werden. Auslegungstreitigkeiten bestehen insbesondere bei Fragen der Mitbestimmung im Entgeltbereich. Während man sich hierzu in der Zeit unmittelbar nach Inkrafttreten des BetrVG'72 überwiegend mit der Feststellung begnügte, die überkommene Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen könne nach dem neuen Rechtszustand nicht aufrecht erhalten werden, ist durch eine Reihe zwischenzeitlich ergangener

2 Auseinandersetzung mit dieser Problematik unter Ziff. 7.2.

3 Überwiegend wird auch für Eilfälle ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bejaht; z.B. FARTHMANN RdA 74/68 ff., FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 8, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 22 ff., GK-WIESE § 87 Anm. 47 ff., GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 87 Anm. 9, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/60, SIMITIS/WEISS DB 73/1243; a.A. BRECHT § 87 Anm. 8, ERDMANN/JÜRGING/KAMMANN § 87 Rdn. 19. Das BAG hat im Urteil vom 13.7.1977 (DB 77/2235) ein Mitbestimmungsrecht in Eilfällen bejaht und die Frage offengelassen, ob dasselbe auch für Notfälle (Extremsituationen) gilt.

4 Die ganz herrschende Meinung vertritt im Gegensatz zu DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 43 ff., RICHARDI Betriebsverfassung und Privatautonomie S. 18 ff. und SCHLÜTER DB 72/92 ff., 139 ff. die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung; so z.B. FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 3 a, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 16 ff., GK-WIESE § 87 Anm. 34 ff., HANAU RdA 73/289, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 2, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/56 f.; Zweifel an der uneingeschränkten Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung sind wieder nach der Entscheidung des BAG vom 22.1.1980 (DB 81/321 ff., betr. arbeitskampfbedingte Kurzarbeit) aufgekommen, in der das BAG ausgeführt hat: "...Grundsätzlich ist allerdings die Zustimmung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung aller mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen anzusehen. Das setzt jedoch voraus, daß es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist, vor der betreffenden Maßnahme eine Entscheidung des Betriebsrats herbeizuführen"; vgl. dazu ADOMET DB 81/1086 f.

Entscheidungen sowie durch eine Vielzahl von Veröffentlichungen der Weg für eine differenziertere Behandlung dieses Themenkomplexes bereitet worden.

1.2 Der Meinungsstreit zum Verhältnis von Tarifvorrang und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

1.2.1 Das Problem

In engem Zusammenhang mit den oben angesprochenen Problemkreisen steht die Frage nach dem Verhältnis von tariflicher Normsetzungsbefugnis und betrieblicher Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, der das Interesse der nachfolgenden Untersuchung gelten soll. Im einleitenden Satz des § 87 Abs. 1 BetrVG heißt es, daß der Betriebsrat in den dort genannten Angelegenheiten mitzubestimmen hat, "soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht", während § 77 Abs. 3 BetrVG bestimmt, daß "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung" sein können; im wesentlichen gleichlautende Regelungen enthielten §§ 56 und 59 BetrVG'52. Die Frage nach dem Verhältnis dieser Vorschriften zueinander liefert seit fast 30 Jahren Stoff für zahlreiche Abhandlungen und eingehende Kommentierungen. Nachdem unter Geltung des BetrVG'52 trotz intensiver Diskussion⁵ eine Klärung des Meinungsstreits nicht erreicht werden konnte, war für das BetrVG'72 mit der nahezu unveränderten Übernahme der früheren Gesetzesregelung in §§ 87 Abs. 1 und 77 Abs. 3 BetrVG eine Fortsetzung der Auseinandersetzung vorprogrammiert.

5 Vgl. hierzu beispielhaft die Literaturangaben bei SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/44 FN 13, 14.

So setzte dann auch unmittelbar nach Inkrafttreten des BetrVG'72 der Streit über das Verhältnis zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG ein. Es bildeten sich bald zwei gegensätzliche Theorien, deren Vertreter zwar stets deutlich die Schwachstellen der jeweils anderen Meinung aufzeigten, ohne jedoch in der eigenen Argumentation Angriffspunkte für die Gegenmeinung vermeiden zu können. So besteht bis heute weder Klarheit über Sinn und Zweck der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einl. BetrVG noch über deren Verhältnis zueinander⁶, zumal nur selten neue Argumente in die Diskussion eingebracht werden.

1.2.2 Entwicklung des Meinungsstreits und derzeitiger Streitstand

Die überwiegende Meinung zum BetrVG'52 verstand das Verhältnis von § 59 a.F. zu § 56 (Einl.) a.F. im Sinne eines zweifachen Schrankenvorbehalts, d.h. § 59 BetrVG'52 fand nach dieser Auffassung im Bereich des § 56 BetrVG'52 Anwendung⁷.

Diese Aussage kann aber nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, daß sich das Problem während des früheren Rechtszustandes nur selten stellte⁸. Überwiegend wurde nämlich der Tarifvor-

6 So auch WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 661.

7 BAG v. 21.2.1967 AP Nr. 25 zu § 59 BetrVG'52, ADOMEIT Regelungsabrede 2. Aufl. S. 76, DIETZ § 56 Anm. 71, § 59 Anm. 10, ders. RdA 55/243, ERDMANN § 56 Anm. 27, FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 59 Anm. 11, § 56 Anm. 12, FITTING BetrVerf. 56/213, GALPERIN/SIEBERT § 56 Rdn. 22, HÖCKER RdA 56/17, MAUS § 56 Anm. 3, § 59 Anm. 10, MUMMENHOFF Diss. S. 144, NEUMANN-DUESBERG S. 470, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 381, ders. Festschrift Nipperdey 1965 II/465, QUASTEN Diss. S. 105 ff., SCHELP DB 62/1244 ff., WEINHEIMER Diss. S. 135, WLOTZKE Günstigkeitsprinzip S. 167, ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II/705.

8 So ausdrücklich GALPERIN/SIEBERT § 56 Anm. 22.

rang des § 59 a.F. auf sog. materielle Arbeitsbedingungen beschränkt⁹, während der Mitbestimmung gem. § 56 a.F. nur sog. formelle Arbeitsbedingungen unterstellt wurden¹⁰. § 59 konnte daher nur dann in den Bereich des § 56 eingreifen, wenn man "Mischfälle" zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen anerkannte¹¹ oder wenn man die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen bzw. die auf diese Begriffsbildung gestützte Tatbestandsabgrenzung gänzlich ablehnte¹².

Eine zweite Meinung gelangte ausgehend von der Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen

9 BAG v. 21.2.1967 AP Nr. 25 zu § 56 BetrVG'52 LS 1, BAG v. 21.2.1967 AP Nr. 25 zu § 59 BetrVG'52 LS 1, BROX BB 66/1191, DIETZ § 59 Anm. 7, ders. RdA 55/244, ERDMANN § 59 Anm. 3, FAUTH BB 62/378, GALPERIN/SIEBERT § 59 Anm. 6, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1397, HUECK/NIPPERDEY/STAHLHACHE TVG § 4 Anm. 82, MAUS § 59 Anm. 2 ff., MONJAU BB 65/632, NEUMANN-DUESBERG S. 469, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 385, SCHELP DB 62/1244, SIEBERT RdA 58/162, WIESE RdA 68/45, WLOTZKE Günstigkeitsprinzip S. 134.

10 Vgl. insbes. BAG v. 7.12.62 AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG'52 Akkord LS 2, BAG v. 15.12.61 AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit LS 4, GALPERIN/SIEBERT vor § 56 Anm. 18, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1355 ff., NEUMANN-DUESBERG S. 475.

11 Als Beispiele für solche "gemischte Arbeitsbedingungen" nannten GALPERIN/SIEBERT (§ 56 Anm. 31) und MUMMENHOFF (Diss. S. 126) den nunmehr in § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG geregelten Fall der Anordnung von Mehrarbeit; HUECK/NIPPERDEY (II/2 S. 1397) verneinten dagegen in konsequenter Verfolgung der Unterscheidung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen jegliche Besonderheit in diesen Fällen.

12 Gegen die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen wiederholt und mit Nachdruck HERSCHEL AuR 62/191, 64/257, 67/66, 68/129, 69/65; kritisch gegenüber der damals h. M. auch FARTHMAN RD 66/249 und FITTING/KRAEGERLOH/AUFFARTH § 56 Anm. 7 a.

konsequenterweise zu dem Ergebnis, daß aufgrund des unterschiedlichen Anwendungsbereiches ein Überschneidungsraum zwischen beiden Normen nicht bestehe¹³. Nach dieser Meinung bestand also zwischen §§ 56 und 59 BetrVG'52 ein durch tatbestandliche Merkmale bedingtes Ausschließlichkeitsverhältnis.

Eine dritte Meinung schließlich verneinte ebenfalls eine kumulative Anwendung beider Sperrklauseln, folgerte dieses Ergebnis jedoch nicht aus der tatbestandlichen Abgrenzung zwischen §§ 56 und 59 BetrVG'52 sondern ging von einem logischen Vorrang des § 56 BetrVG'52 gegenüber § 59 BetrVG'52 aus^{13a}.

Nach der durch das BetrVG'72 erfolgten Erweiterung des Mitbestimmungskataloges erstreckt sich die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten unstreitig auch auf materielle Arbeitsbedingungen. Alle Stellungnahmen^{13b} gehen seither ohne weitergehende Erörterung von der Existenz eines tatbestandlichen Überschneidungsraumes zwischen § 87 Abs. 1 und § 77 Abs. 3 BetrVG'72 aus¹⁴. Demzufolge hat sich der Meinungsstreit auf zwei Theorien beschränkt: Nach der einen greift

13 BAG v. 31.1.69 AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG'52 Entlohnung, BAG v. 31.1.69 AP Nr. 26 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz Bl. 2 RS, HILGER BB 69/450, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1397.

13a BIEDENKOPF Tarifaufonomie S. 285, G. HUECK RdA 52/368, STRASSER Betriebsvereinbarung S. 58 f., VIELHABER DB 53/359.

13b Einzige Ausnahme ERDMANN/JÜRGING/KAMMANN § 77 Rdn. 51, die zu diesem Ergebnis jedoch nicht aufgrund der vom Gesetzgeber getroffenen tatbestandlichen Abgrenzung, sondern aufgrund einer wegen verfassungsrechtlicher Bedenken vorgenommenen Restriktion gelangen.

14 Typisches Beispiel für diese "kurzschlüssige" Argumentation bei CONZE DB 78/492 ("...Dagegen ist der heutige Rechtszustand anders, weil § 87 Abs. 1 BetrVG auch materielle Arbeitsbedingungen ... umfaßt, so daß eine tatbestandliche Ausschließlichkeit von § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG nicht mehr in Betracht kommt").

§ 77 Abs. 3 auch im Rahmen des § 87 Abs. 1 ein¹⁵, nach der anderen besteht ein logisch bedingtes Ausschließlichkeitsverhältnis mit Vorrang des § 87 Abs. 1 (Einleitungssatz)¹⁶. Üblicherweise werden diese Meinungen mit den Etiketten "Zwei-Schranken-Theorie" und "Vorrang-Theorie" versehen¹⁷.

Zur Begründung führen diejenigen, die der ersten Theorie folgen, aus, § 77 Abs. 3 BetrVG stelle eine Grundregel für die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen dar, die auch im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG Geltung beanspruche, was sich sowohl aus der Gesetzessystematik als auch aus Sinn und Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG ergebe. Demgegenüber verstehen Vertreter der Gegenmeinung das Verhältnis von § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG überwiegend im Sinne einer zugunsten des § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG zu lösenden Gesetzeskonkurrenz, wobei § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG als *lex specialis*¹⁸ angesehen

15 Vertreter der "Zwei-Schranken-Theorie" nach dem BetrVG'72: BOEWER DB 73/526, BRECHT § 87 Anm. 11, CONZE DB 78/492, DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 178, § 87 Rdn. 99 ff., FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 50, § 87 Rdn. 11, GALPERIN/LÖWISCH § 77 Rdn. 76, § 87 Rdn. 57, HANAU BB 72/499, ders. RdA 73/283 ff., ders. BB 77/350, HANAU/ADOMEIT S. 110, KIRCHNER BB 72/1281, LÖWISCH AuR 78/106, MOLL Tarifvorrang S. 39, RICHARDI ZfA 76/3 ff., RÜTHERS ZfA 73/417, v. STEBUT RdA 74/339 ff., STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 35, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 277 ff., WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 664, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 365 ff. Auch das LAG Berlin (Beschluß v. 15.6.77, DB 78/115) folgt dieser Auffassung, während das BAG (Beschluß v. 22.1.1980, DB 80/1897) die Frage ausdrücklich offengelassen hat.

16 Vertreter der "Vorrang-Theorie" nach dem BetrVG'72: BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.74 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht, FABRICIUS RdA 73/126, FARTHMAN RdA 74/71 ff., GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 77 Rdn. 9, § 87 Rdn. 5, REUTER SAE 76/14 ff., REUTER/STRECKEL Grundfragen S. 33, SIMITIS/WEISS DB 73/1247.

17 Die Terminologie geht auf SÄCKER (ZfA-Sonderheft 72/65) zurück.

18 So ausdrücklich SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/65, BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.74 EzA Nr. 2 zu § 87 Initiativrecht S. 32, REUTER/STRECKEL Grundfragen S. 33.

wird. Im Anwendungsbereich dieser Vorschrift soll die allgemeine Norm (§ 77 Abs. 3 BetrVG) verdrängt werden.

Da nach insoweit nahezu einhelliger Auffassung der Umfang der Sperrwirkung bei beiden Vorschriften unterschiedlich ist, kommt dem Meinungsstreit darüber, ob im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten beide Vorbehaltsklauseln kumulativ zur Anwendung gelangen (so die "Zwei-Schranken-Theorie") oder ob sich dort der Tarifvorrang allein nach dem einleitenden Satz des § 87 Abs. 1 BetrVG bestimmt (so die "Vorrang-Theorie"), weitreichende praktische Bedeutung zu. Zu unterschiedlichen Ergebnissen führen diese Theorien beispielsweise beim Problem der Sperrwirkung nachwirkender Tarifverträge sowie bei der Frage nach den Auswirkungen bestehender oder üblicher Tarifregelungen auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in nicht tarifgebundenen Betrieben¹⁹.

1.2.3 Erkenntnisse aus der Streitstandsübersicht

Der obige Überblick über den Streitstand verdeutlicht zum einen die nach dem BetrVG'72 veränderte Dimension des Problems, zum anderen läßt er Schlüsse für den Lösungsansatz zu.

1.2.3.1 Verschärfung des Problems durch das BetrVG'72

Durch die Erweiterung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten hat die Frage nach dem Verhältnis zwischen Mitbestimmung und Tarifvorrang zweifellos eine erheblich größere Bedeutung erlangt. Die praktischen Auswirkungen des Meinungs-

¹⁹ Zur praktischen Bedeutung der Streitfrage siehe desweiteren die Beispiele bei KONZEN BB 77/1307.

streits zum BetrVG '52 waren verhältnismäßig gering²⁰; während nach der einen Meinung de iure ein Ausschließlichkeitsverhältnis bestand, gelangte die Gegenmeinung im Regelfall zu einem de facto bestehenden Ausschließlichkeitsverhältnis. Nachdem aufgrund der Aufnahme materieller Arbeitsbedingungen in den Mitbestimmungskatalog zum BetrVG '72 einhellig von einer zumindest teilweisen tatbestandlichen Überschneidung zwischen §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG ausgegangen wird, haben sich prima vista die Unterschiede zwischen "Vorrang-Theorie" und "Zwei-Schranken-Theorie" erheblich vergrößert.

Die Frage, ob tatsächlich ein von beiden Normen erfaßter Bereich besteht, bedarf allerdings noch näherer Untersuchung.

1.2.3.2 Bedeutung der Abgrenzung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen

Die bisherigen Ausführungen haben ferner erkennen lassen, daß frühere Versuche, das hier aufgeworfene Problem zu lösen, in starkem Maße durch die Diskussion über formelle und materielle Arbeitsbedingungen beeinflußt worden sind. Rückblickend muß allerdings festgestellt werden, daß diese Begriffsbildung mehr verwirrend als hilfreich war. Der Grund hierfür mag darin liegen, daß die Unterscheidung begrifflich schwer zu fassen und in der Praxis noch schwerer zu verwirklichen ist²¹. Das Begriffspaar materiell/formell wird hier in einem anderen Sinn verstanden als ansonsten in der Rechtswissenschaft²²; hinzu kommt eine große Unklarheit hinsichtlich

20 Zutreffend merken WIEDEMANN/STUMPF (§ 4 TVG Rdn. 278) an, das Problem habe sich seinerzeit nicht "in voller Schärfe" gezeigt.

21 So ausdrücklich SÖLLNER Arbeitsrecht S. 156.

22 HERSCHEL AuR 68/130 f., WIESE RdA 68/41 f.

der begrifflichen Abgrenzung von formellen und materiellen Arbeitsbedingungen²³.

Die Ungenauigkeit der Abgrenzung zeigt sich vor allem auch dadurch, daß die überwiegende Meinung zum BetrVG'52 trotz Beschränkung des § 59 BetrVG'52 auf materielle Arbeitsbedingungen bei gleichzeitiger Reduzierung des § 56 BetrVG'52 auf formelle Arbeitsbedingungen eine tatbestandliche Überschneidung beider Normen anerkannte²⁴.

23 Z.T. wird nur eine Negativabgrenzung der materiellen Arbeitsbedingungen gegenüber den formellen Arbeitsbedingungen getroffen (so LAG Hamm BB 54/804: "materielle Arbeitsbedingungen sind solche, die nicht der Ordnung des Betriebes dienen"). Bei den positiven Definitionen finden sich Formulierungen wie "materielle Arbeitsbedingungen betreffen die Ansprüche des Arbeitnehmers bzw. des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis" (so ERDMANN § 59 Rdn. 3), "sie sind entgeltähnliche Arbeitsbedingungen" (so SIEBERT RdA 58/162), sie "gestalten das individuelle Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer" (so BAG v. 7.12.62 AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG'52 Akkord Bl. 4 RS), ihnen unterfällt "alles, was Leistung und Gegenleistung betrifft" (so DIETZ 4. Aufl. § 59 Anm. 7a), "ihr Bereich hat die Bestimmung von Leistung und Gegenleistung zum Inhalt" (so BAG v. 15.12.61 AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG'52 Arbeitszeit Bl. 2 RS). Obwohl sich diese Begriffsbestimmungen gleichen, wirken sich doch die unterschiedlichen Nuancierungen auf das Ergebnis aus. Bedeutsam ist insbesondere, ob man fordert, daß materielle Arbeitsbedingungen den beiderseitigen Leistungsumfang unmittelbar bestimmen oder ob man auch einen bloß mittelbaren Zusammenhang zu Leistung und Gegenleistung ausreichen läßt. Unter Geltung des BetrVG'52 wurde diese Frage teilweise zu § 59 anders beantwortet als zu § 56; vgl. dazu BRÜNING Diss. S. 6 und unten FN 24.

24 So z.B. ADOEIT Regelungsabrede 2. Aufl. S. 76, DIETZ § 56 Anm. 21, FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 59 Anm. 11, GALPERIN/SIEBERT vor § 56 Anm. 22, NEUMANN-DUESBERG S. 470, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 381. Diese Inkonsequenz wird zutreffend erkannt von EICKELBERG Diss. S. 88; der Grund hierfür liegt in einer unterschiedlichen Definition der materiellen Arbeitsbedingungen in § 56 einerseits und § 59 andererseits (deutliches Beispiel hierfür die Kommentierung bei GALPERIN/SIEBERT vor § 56 Anm. 18 und § 59 Anm. 1, 3, 6).

Die bestehende Verwirrung kann allenfalls noch gesteigert werden, wenn nunmehr diskutiert wird, ob durch die Aufnahme materieller Arbeitsbedingungen in den Mitbestimmungskatalog die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen gänzlich obsolet geworden ist²⁵ oder ob die zum früheren Rechtszustand entwickelten Grundsätze zwar durchbrochen, nicht aber völlig beseitigt worden sind²⁶. Auch ist mit der Einführung eines neuen Begriffes der "materiellen Annexbedingungen"²⁷ nichts gewonnen; hierdurch würden allenfalls neue Streitfragen geschaffen, ohne daß sich bestehende Probleme mit Hilfe dieser Begriffsbildung lösen ließen²⁸.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll daher auf eine Argumentation auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen weitgehend

25 So ADOEIT BB 72/53, FARTHMAN Rda 74/71 f., GESTER/ISENHARDT Rda 74/83, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 8 Anm. 4 f., SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/44, SIMITIS/WEISS DB 73/1245.

26 So DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 32 f., HANAU Rda 73/282, LÖWISCH DB 73/1747, ders. ZHR 75/371, RICHARDI Anm. zu BAG v. 13.3.73 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Werkmietwohnungen Bl. 7 RS, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 362; vgl. auch KONZEN BB 77/1312 ("Die Trennungslinie ist verschoben, aber nicht aufgehoben").

27 Der Begriff wurde von HANAU (Rda 73/283) in die Diskussion eingebracht; das BAG (Beschluß v. 8.3.77, DB 77/1465), GESTER/ISENHARDT (Rda 74/84) und KONZEN (BB 77/1312) haben diesen Gedanken weiterverfolgt; prinzipiell zustimmend auch RICHARDI (Anm. zu BAG v. 13.3.73 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Werkmietwohnungen Bl. 7 RS), der aber einschränkend darauf hinweist, daß der materielle Annex für sich noch kein Mitbestimmungsrecht begründen kann.

28 Kritisch gegenüber der Argumentation anhand der "materiellen Annexbedingungen" BLOMEYER Anm. zu LAG Düsseldorf v. 27.2.75 EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Lohn und Arbeitsentgelt Bl. 13, HUBER DB 80/1643 und PETEREK Anm. zu BAG v. 8.3.77 SAE 78/143; HUBER weist mit Recht auf das Fehlen jeglicher Anhaltspunkte für die Grenzen dieser Annexkompetenz hin.

verzichtet werden. Dabei geht es nicht darum, einer Terminologie entgegenzutreten, die sich trotz ihrer Mängel über Jahrzehnte beharrlich gehalten hat. Es muß aber klargestellt werden, daß die begriffliche Einordnung unter die Kategorien materiell/formell weder für den Umfang der Mitbestimmungsrechte noch für das Verhältnis zwischen Mitbestimmung und Tarifvorrang entscheidend sein kann; maßgeblich ist vielmehr eine an Sinn und Zweck der Vorschriften orientierte Auslegung²⁹.

1.2.3.3 Denkbare Lösungsmodelle

Die Übersicht über den Streitstand hat auch aufgezeigt, welche Lösungswege überhaupt möglich sind. Die Kontroverse läßt sich auf die Alternative zwischen doppeltem Schrankenvorbehalt und Ausschließlichkeitsverhältnis reduzieren, wobei für den letztgenannten Weg wiederum nur zwei Begründungen denkbar sind: Entweder sind die beiden Tatbestände so gegeneinander abgegrenzt, daß ein Überschneidungsraum nicht besteht oder eine der beiden Vorschriften hat aufgrund des logischen Zusammenhangs beider Vorschriften Vorrang vor der anderen. Der unterschiedliche Ansatzpunkt dieser beiden zu einem Ausschließlichkeitsverhältnis führenden Meinungen wird häufig verkannt³⁰; zur besseren Unterscheidung soll hier im ersten Falle von "tatbestandlicher Exklusivität" gesprochen werden,

29 So zutreffend GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 3, KREUTZ Betriebsautonomie S. 216, LIEB ZfA 78/184 f., RICHARDI Anm. zu AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werkmietwohnungen Bl. 7 RS.

30 Unrichtig ist es z.B., wenn SÄCKER (ZfA-Sonderheft 72/65 FN 98) als Wegbereiter der "Vorrang-Theorie" die Entscheidungen des BAG v. 31.1.69 (AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG'52 Entlohnung, AP Nr. 26 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG) sowie die Ausführungen von HILGER (BB 69/450) anführt, da dort im Gegensatz zur Argumentation Säckers auf eine tatbestandliche Ausschließlichkeit abgestellt wurde.

in letzterem Falle von "logischer Alternativität".

Es stehen somit folgende Lösungsmodelle zur Entscheidung: "Doppelter Schrankenvorbehalt" (entspr. "Zwei-Schranken-Theorie"), "logische Alternativität" (entspr. "Vorrang-Theorie") und "tatbestandliche Exklusivität". Eine Interpretation in letzterem Sinne wird seit Inkrafttreten des BetrVG'72 nicht mehr für vertretbar gehalten³¹, da alle Auffassungen seither einen tatbestandlichen Überschneidungsraum beider Vorschriften von vornherein unterstellen, allerdings zumeist ohne darzulegen, welche Fälle tatsächlich von beiden Normen erfaßt werden sollen³². Eine neuerliche Überprüfung dieser Frage erscheint daher durchaus lohnend.

1.3 Gang der Untersuchung

Ziel dieser Abhandlung ist es nicht, eine Kommentierung der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG zu erstellen, vielmehr beschränkt sich die Untersuchung auf das Verhältnis der beiden Sperrklauseln zueinander. Einzelfragen zu beiden Vorschriften werden daher nur insoweit behandelt, als sie im Rahmen des Vergleichs der beiden Normen von Bedeutung sind.

31 Vgl. hierzu oben FN 13 b, 14 und WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 279 ("...Da überwiegend nicht mehr bestritten wird, daß § 87 Abs. 1 BetrVG auch materielle Arbeitsbedingungen umfaßt, kommt eine tatbestandliche Ausschließlichkeit von § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 nicht mehr in Betracht, unabhängig davon, ob man von § 77 Abs. 3 nur materielle oder alle Arbeitsbedingungen erfaßt sieht").

32 Soweit hierzu im Einzelfall Angaben gemacht werden, werden als mögliche Kollisionsfälle insbesondere die Tatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 3, 10 und 11 BetrVG genannt; vgl. DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 180, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 57 i.V.m. § 87 Rdn. 3, WIESE FESTSCHRIFT 25 Jahre BAG S. 665.

Die Frage, wie sich §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einl. BetrVG zueinander verhalten, war bereits Gegenstand zahlreicher Abhandlungen³³. Überwiegend wurde die Frage hierbei als abstraktes Rechtsproblem behandelt; Konsequenzen für die Praxis wurden selten abgeleitet. Demgegenüber soll hier versucht werden, anhand der beiden Tarifvorrangklauseln gesetzliche Wertentscheidungen aufzudecken, die über den vorliegenden Diskussionsgegenstand hinaus als Auslegungsmaßstab für die einzelnen Mitbestimmungstatbestände dienen können.

Die Vorgehensweise ist hierbei aufgrund des oben Gesagten weitgehend vorgezeichnet. Da die Hauptursache des Meinungsstreits darin liegt, daß die gesetzliche "ratio" beider Vorschriften nicht eindeutig geklärt ist, muß die teleologische Interpretation der beiden Bestimmungen den Ausgangspunkt der Erörterung bilden. Hieraus lassen sich Schlüsse sowohl auf die tatbestandliche Reichweite beider Vorschriften als auch auf ihr Verhältnis zueinander ziehen. Sodann muß vorrangig die Existenz eines tatbestandlichen Überschneidungsraumes geprüft werden. Stellt sich heraus, daß ein solcher nicht gegeben ist, so ist die breit diskutierte Frage nach dem Konkurrenzverhältnis beider Normen gegenstandslos.

33 KONZEN (BB 77/1307) bezeichnet den Meinungsstreit als "Dauerbrenner der arbeitsrechtlichen Literatur".

2. REGELUNGSGEGENSTAND UND FUNKTION DER §§ 77 ABS. 3 UND 87 ABS. 1 EINL. BetrVG

2.1 Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 BetrVG

Der einleitende Satz des § 87 Abs. 1 BetrVG stellt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten unter den Vorbehalt gesetzlicher oder tariflicher Regelung. Die Frage nach Sinn und Zweck dieses Einleitungssatzes kann nicht isoliert beantwortet werden, vielmehr ist der funktionale Zusammenhang zwischen Mitbestimmungserfordernis und Vorbehaltsklausel zu berücksichtigen.

2.1.1 Schutzfunktion der Mitbestimmung

Historische Wurzel und Grundgedanke des gesamten Arbeitsrechts ist das Bestreben, den wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer zu schützen³⁴. Der Verwirklichung dieses Schutzprinzips dient nicht nur das Individualarbeitsrecht, sondern auch das kollektive Arbeitsrecht^{34a}.

Durch die gesetzlich normierten Beteiligungsrechte des Betriebsrats soll auf betrieblicher Ebene ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen der Belegschaft gefördert werden. Soweit das Gesetz ein volles Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vorsieht, wird eine prinzipielle Gleichrangigkeit von Belegschaftsinteressen und Unternehmensbelangen und damit eine volle Parität zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gewährleistet. Die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung ist damit

34 Dazu statt vieler ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 1 ff.

34a Vgl. dazu auch MÜLLER DB 70/1078.

eines der wesentlichen Gestaltungsmittel des kollektiven Arbeitnehmerschutzes³⁵.

Dieses Schutzprinzip liegt insbesondere auch der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten zugrunde. Dem widerspricht es nicht, daß der Mitbestimmungskatalog des § 87 BetrVG vorwiegend Angelegenheiten betrifft, die in materieller Hinsicht günstigkeitsneutral sind. In diesen Fällen geht es nicht primär um den Schutz vor materieller Benachteiligung, im Vordergrund steht vielmehr der Schutz des Persönlichkeitsrechts³⁶. Denn auch in dem Bereich, der einem materiellen Günstigkeitsvergleich nicht zugänglich ist, besteht ein berechtigtes Interesse der Arbeitnehmer daran, daß bei der Gestaltung der betrieblichen Arbeitsbedingungen keine einseitig an Unternehmensbelangen orientierten Entscheidungen getroffen werden. Anordnungen über das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (wie Rauch- und Alkoholverbote, Verpflichtung zur Duldung von Taschenkontrollen etc.), Festlegungen zur Lage der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit (wie Schichtarbeit, Dauer und Lage der Pausen, Verteilung der Wochenarbeitszeit), allgemeine Bestimmungen bezüglich des Urlaubs (insbes. Betriebsferien) und ähnliche Regelungen können sich weit über die Betriebsebene hinaus in erheblichem Maße auf den privaten Bereich der Arbeitnehmer auswirken. Der Respekt vor der Persönlichkeit des Arbeitnehmers und dem Wert seiner Arbeitsleistung gebietet es, die Arbeitnehmer bei der Gestaltung solcher Arbeitsbedingungen gleichberechtigt zu beteiligen³⁷.

35 Zum Schutzzweck der Mitbestimmung: HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1062 ff., NEUMANN-DUESBERG S. 59 f., MÜLLER DB 70/1078, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 662.

36 Besonders prägnant HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1063.

37 Vgl. dazu ADOMEIT Diss. S. 51 ff.

2.1.2 Bedeutung des Tarifvorranges in § 87 Abs. 1 BetrVG

Das Prinzip des Arbeitnehmerschutzes bildet auch den Ausgangspunkt für die Interpretation des einleitenden Satzes von § 87 Abs. 1 BetrVG. Nach dem legislatorischen Grundgedanken dieser Bestimmung besteht ein sozialer Grund für die erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrats nur insoweit, als nicht dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer bereits anderweitig Rechnung getragen worden ist³⁸.

Von einer solchen "Erledigung" des Schutzzweckes geht das Gesetz im Fall einer gesetzlichen oder tariflichen Regelung aus. Das erscheint einleuchtend, denn bei tariflicher Regelung der sozialen Angelegenheiten wird die Schutzfunktion zugunsten der Arbeitnehmer durch die Gewerkschaft wahrgenommen und bei gesetzlichen Bestimmungen muß - auch wenn es sich nicht um ein typisches Arbeitnehmerschutzgesetz handelt³⁹ - unterstellt werden können, daß der Gesetzgeber die Auswirkungen der Regelung und die Schutzinteressen der Betroffenen angemessen berücksichtigt hat.

Ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei gleichzeitig bestehender einschlägiger Tarifregelung würde eine sachlich nicht gerechtfertigte Doppelrepräsentation der

38 Wie hier: GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 42, GK-WIESE § 87 Rdn. 19a, KREUTZ S. 222, LÖWISCH AuR 78/103; zu § 56 BetrVG'52: GALPERIN/SIEBERT § 56 Rdn. 14, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 378, ders. Festschrift Nipperdey 1965 S. 464 f.; a.A.: MOLL Tarifvorrang S. 19, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 276, zum BetrVG'52 ablehnend auch MUMMENHOFF Diss. S. 22 m.w.N.

39 Zutreffend WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 663 ("...Handelt es sich dagegen um Normen, die nicht oder jedenfalls nicht primär dem Schutz der Arbeitnehmer dienen, aber den Arbeitgeber binden und seine individualrechtlichen Befugnisse einschränken, so ist auch insoweit ein Schutz des abhängigen Arbeitnehmers vor dem Arbeitgeber nicht erforderlich...").

Arbeitnehmer bedeuten, da die Arbeitnehmerinteressen in gleicher Angelegenheit auf zwei Ebenen gegenüber dem Arbeitgeber vertreten würden. Der Gesetzes- und Tarifvorrang beschränkt die erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrats auf die Fälle in denen sie mangels anderweitigen Schutzes unverzichtbar ist⁴⁰.

Nicht dagegen besteht der Zweck der Vorbehaltsklausel darin, den Schutz der Tarifautonomie zu gewährleisten⁴¹. Diese Interpretation kann schon deshalb nicht überzeugen, weil sie den Gesetzesvorbehalt in § 87 Abs. 1 BetrVG nicht zu erklären vermag^{41a}.

40 Der von LIEB (ZfA 78/205) und MOLL (Tarifvorrang S. 19) vorgebrachte Einwand, diese Auslegung könne den Ausschluß der Erzwingbarkeit günstigerer betrieblicher Regelungen nicht erklären, vermag nicht zu überzeugen. Wenn dem Arbeitnehmerschutz durch eine Tarifregelung bereits Rechnung getragen wurde, besteht für die zwingende Mitbestimmung als solche kein sozialer Grund; auf die Differenzierung nach den Kriterien günstig/ungünstig kann es in diesem Zusammenhang nicht ankommen.

41 So aber BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.1974 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG Initiativrecht, LIEB ZfA 78/205, MOLL Tarifvorrang S. 20 f., REUTER Vergütung von AT-Angestellten S. 27 f., WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 275.

41a Angesichts der Nebeneinanderstellung von Gesetz und Tarifvertrag in § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG erscheint es unschlüssig, wenn eingewandt wird, dem Tarifvorbehalt müsse nicht notwendig der gleiche Regelungszweck zugrunde liegen wie dem Gesetzesvorbehalt; so aber MOLL (Tarifvorrang S. 19) und WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 276; richtig dagegen WIESE (Festschrift 25 Jahre BAG S. 644 und in GK § 87 Anm. 19 a sowie in Anm. zu BAG v. 5.3.74 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Kurzarbeit Bl. 7 RS); voll zutreffend auch KREUTZ Betriebsautonomie S. 221 ("...der Gesetzesvorrang kann schwerlich einen Kompetenzschutz des Gesetzgebers beabsichtigen, weil eine Bedrohung der gesetzgeberischen Zuständigkeit durch die betriebliche Mitbestimmung wohl kaum zu befürchten ist".)

2.1.3 Folgerungen für die Auslegung des § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG

Ausgehend von dem oben geschilderten Gesetzeszweck lassen sich mehrere strittige, für einen Vergleich mit § 77 Abs. 3 BetrVG wesentliche Auslegungsfragen zum Einleitungssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG beantworten. Zunächst wird die h.M. inso- weit bestätigt, als sie für das Eingreifen des Tarifvorbehalts gem. § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG die Tarifgebundenheit des Ar- beitgebers verlangt⁴²; denn nur dann, wenn der Tarifvertrag im Betrieb anwendbar ist, so daß die Arbeitnehmer tatsächlich unter den Schutz der Tarifregelung fallen oder zumindest in deren Schutzbereich gelangen können, besteht unter dem Ge- sichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes keine Notwendigkeit für ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Auf- fassungen, die darüber hinaus auch die Tarifbindung mindestens eines Arbeitnehmers⁴³ oder gar aller Arbeitnehmer⁴⁴ verlangen, können sich nicht auf den Normzweck stützen, da schon allein bei Tarifbindung des Arbeitgebers die Arbeitnehmer des Be- triebes die Möglichkeit haben oder schaffen können, tarifver- traglichen Schutz für sich in Anspruch zu nehmen; soweit sich

42 BICHLER DB 79/1940, BOEWER DB 73/525, CONZE DB 78/492, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 98/99, FARTHMAN Rda 74/70, MOLL Tarifvorrang S. 21 f., SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/68, SCHAUB Handbuch S. 1200, SIMITIS/WEISS DB 73/1250, STEGE/ WEINSPACH § 87 Rdn. 32, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 284; ebenso zu § 56 BetrVG'52: DIETZ § 56 Rdn. 67, MUMMEN- HOFF Diss. S. 48, NEUMANN-DUESBERG S. 468, NIKISCH Ar- beitsrecht III S. 379, ders. BB 53/179.

43 So ERDMANN/JÜRGING/KAMMANN § 87 Rdn. 26, FITTING/AUFFARTH/ KAISER § 87 Rdn. 13, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 56, RUMPF AuR 72/78; zu § 56 BetrVG'52: FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 56 Rdn. 11, GALPERIN/SIEBERT § 56 Rdn. 21, REWOLLE DB 58/1394.

44 So WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 284, GK-WIESE § 87 Rdn. 22, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 670 ff.; zu § 56a.F. BetrVG: HUECK/NIPPERDEY II/2 1360/1395; der Streit ver- liert an Brisanz, je weiter man den Begriff der betrieb- lichen Fragen i.S.v. § 3 Abs. 2 TVG faßt, vgl. dazu FARTHMAN Rda 74/70 f. und SIMITIS/WEISS DB 73/1249 f.

der Geltungsbereich der Tarifnormen nicht ohnehin über § 3 Abs. 2 TVG oder arbeitsvertragliche Gleichstellungsabreden auf alle Arbeitnehmer des Betriebes erstreckt, hängt die Verbindlichkeit der Tarifverträge für das einzelne Arbeitsverhältnis in diesen Fällen nur von der Bereitschaft des Arbeitnehmers zum Koalitionsbeitritt ab. Eine Differenzierung nach der Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer erscheint außerdem wegen jederzeit möglicher Änderungen des Organisationsgrades der Belegschaft in keiner Weise praktikabel.

Desweiteren wird aufgrund des Normzwecks deutlich, daß nur zwingende gesetzliche oder unabdingbare tarifliche Bestimmungen das Mitbestimmungsrecht ausschließen⁴⁵, denn bei nachgiebigen Normen besteht wiederum ein schutzwürdiges Interesse der Arbeitnehmer, bei abweichenden Regelungen gleichberechtigt beteiligt zu werden. Aus dem gleichen Grunde entfaltet auch ein Tarifvertrag, der nur noch kraft Nachwirkung gilt, keine Sperrwirkung gegenüber dem Mitbestimmungsrecht⁴⁶.

Schließlich läßt sich auch die Frage, ob § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG sich nur auf das erzwingbare Mitbestimmungsrecht bezieht⁴⁷

45 Absolut herrschende Meinung, z.B. BAG v. 29.3.77 DB 77/1415, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 90 f., FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 10/15, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 45, GK-WIESE § 87 Rdn. 20, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 87 Anm. 7, HANAU BB 76/95, KONZEN BB 77/1309, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/61, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 666.

46 Übereinstimmend alle in FN 45 Genannten; a.A. FARTHMANN RdA 74/71.

47 So BICHLER DB 79/1940, BOEWER DB 73/525, BRECHT § 87 Rdn. 11, BROBOWSKI/GAUL II S. 606, CONZE DB 78/492, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 100, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 11, GK-WIESE § 87 Rdn. 21, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 42, KONZEN BB 77/1310, LÖWISCH AuR 78/106, MOLL Tarifvorrang S. 32 f., WIEDEMANN/STUMPF § 4 Rdn. 287, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 668 ff., ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 366; zu § 56 BetrVG'52: BAG v. 16.9.60 AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG'53 Betriebsvereinbarung Bl. 2 RS, BAG v. 31.1.69 AP Nr. 26 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz, DIETZ § 56 Rdn. 70, GALPERIN/SIEBERT § 56 Rdn. 15, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 385, QUASTEN Diss. S. 80 ff., RICHARDI Kollektivgewalt S. 271 ff., SCHELP DB 62/1243, WLOTZKE Günstigkeitsprinzip S. 157.

oder ob auch die freiwillige Mitbestimmungsmöglichkeit im Geltungsbereich dieser Vorschrift ausgeschlossen wird⁴⁸, mit der h.M. im ersten Sinne beantworten. Der rechtspolitische Grundgedanke der Vorschrift rechtfertigt lediglich den Ausschluß der Erzwingbarkeit, bietet jedoch keinen Grund für eine Verkürzung der Mitwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrats in dem Fall, daß auf freiwilliger Basis unter Berücksichtigung des Günstigkeitsprinzips eine vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung getroffen werden soll, zumal auch der Arbeitgeber durchaus ein Interesse daran haben mag, daß derartige Regelungen vom Betriebsrat mitgetragen werden. Der Tarifvorbehalt nach der Eingangsklausel ist in engem Zusammenhang mit der in § 87 Abs. 2 BetrVG vorgesehenen Möglichkeit der einseitigen Anrufung der Einigungsstelle zu sehen; über die Zulässigkeit freiwilliger Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG⁴⁹ sagt diese Vorschrift nichts aus.

2.2 Sinn und Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG

Kaum eine andere Vorschrift des Betriebsverfassungsgesetzes wurde und wird in der Literatur so unterschiedlich beurteilt wie § 77 Abs. 3 BetrVG'72 bzw. § 59 BetrVG'52. Während die einen durch die Norm die Tarifautonomie geschützt und gewahrt sehen⁵⁰, befürchten andere eine "Unterdrückung der betrieb-

48 So SCHAUB Handbuch S. 1200, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 33; zu § 56 BetrVG'52: HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1394.

49 Zu Recht folgert die nahezu einhellige Meinung aus der nur beispielhaften Aufzählung der in § 88 genannten Angelegenheiten eine umfassende funktionelle Zuständigkeit der Betriebspartner in sämtlichen sozialen Angelegenheiten; z.B. DIETZ/RICHARDI vor § 87 Rdn. 6, § 88 Rdn. 5, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 88 Rdn. 2, GALPERIN/LÖWISCH § 88 Rdn. 1, GK-WIESE vor § 87, SÖLLNER Arbeitsrecht S. 155, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 669.

50 So z.B. BIEDENKOPF Tarifautonomie S. 282, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1395 f., SÄCKER RdA 67/370 ff. zu § 59 BetrVG'52.

lichen Organe durch das Übergewicht der überbetrieblichen Verbände"⁵¹. In der betrieblichen Praxis ist die Bestimmung nicht selten von allen Beteiligten ignoriert worden⁵². Die Frage nach der "teleologischen ratio" dieser Vorschrift war Gegenstand zahlreicher Abhandlungen; bis heute besteht ein breites Spektrum unterschiedlicher Meinungen hierzu⁵³.

2.2.1 Die vertretenen Auffassungen

2.2.1.1 Schutz der Tarifaufonomie

Ausgangspunkt der meisten Erörterungen zu Sinn und Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG ist die These, durch die Sperrklausel solle den überbetrieblichen Koalitionen ein Normsetzungsmonopol⁵⁴

51 MEISSINGER DB 55/411, SCHNORR v. CAROLSFELD Arbeitsrecht 1954 S. 84.

52 Hinweise darauf (z.T. unter Berufung auf empirische Untersuchungen) bei GK-THIELE § 77 Rdn. 82, NEUMANN-DUESBERG S. 470, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 382, PORNCHLEGEL RdA 78/158, SCHELP DB 62/1277, SÖLLNER S. 167 FN 13, WLOTZKE RdA 63/6; angesichts dieser Situation hat regelmäßig auch keine Seite ein Interesse an der Geltendmachung der Unwirksamkeit einer unter Verstoß gegen § 77 Abs. 3 BetrVG abgeschlossenen Betriebsvereinbarung, wodurch sich die geringe Zahl diesbezüglicher höchstrichterlicher Entscheidungen erklärt.

53 Resignierend gelangen einige Autoren gar zu dem Schluß, ein restlos überzeugender, selbständiger Normzweck sei überhaupt nicht zu ermitteln; z.B. EICKELBERG Diss. S. 140, ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 720.

54 Den "Monopolgedanken" betonen insbesondere KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 77 Rdn. 70, LIEB ZfA 78/205, STEGE/WEINSPACH § 77 Rdn. 12, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 664; zu § 59 BetrVG'52: BAG v. 6.3.58 AP Nr. 1 zu § 59 BetrVG'52 Bl. 1 RS, BAG v. 16.9.60 AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG'53 Betriebsvereinbarung Bl. 2 RS, BIEDENKOPF Tarifaufonomie S. 282, DIETZ § 59 Anm. 1, ders. RdA 55/242, GALPERIN/SIEBERT § 59 Rdn. 3, NEUMANN-DUESBERG S. 469, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 382, RICHARDI Kollektivgewalt S. 323, SCHELP DB 62/1242 ff., WIESE RdA 68/43, WLOTZKE Günstigkeitsprinzip S. 129; kritisch demgegenüber FABRICIUS Anm. zu BAG v. 8.12.70 AP Nr. 28 zu § 59 BetrVG'52.

bzw. ein Normsetzungsvorrecht⁵⁵ eingeräumt werden. Durch diese Aussage wird jedoch nur in grober Weise die Normwirkung beschrieben; der Normzweck läßt sich damit allein noch nicht erklären.

Zur weitergehenden Erläuterung wird überwiegend der Gesichtspunkt des Schutzes der Tarifaufonomie⁵⁶ angeführt. Aber auch hierbei handelt es sich lediglich um eine Leerformel, solange nicht der legislatorische Grund für den besonderen Schutz der Tarifaufonomie dargelegt wird. Einige Autoren verweisen in diesem Zusammenhang auf das Grundrecht der Koalitionsfreiheit und führen aus, mit der Normierung des § 77 Abs. 3 BetrVG komme der Gesetzgeber einer Verpflichtung aus Art. 9 Abs. 3 GG nach⁵⁷. Das wirft die Frage auf, ob aus dem zitierten Grundrecht tatsächlich eine entsprechende Verpflichtung für den Gesetzgeber resultiert.

Zutreffend gehen die zitierten Auffassungen davon aus, daß Art. 9 Abs. 3 GG eine Bestands- und Betätigungsgarantie zu-

55 So SÄCKER RdA 67/371 mit dem Hinweis, daß kein Alleinrecht sondern ein durch Entfaltung normsetzender Aktivität zu begründendes Vorrecht besteht ("Normsetzungsprärogative"); vgl. auch HABLITZEL DB 71/2158.

56 Z.B. BAG v. 22.1.80 DB 80/1895, CONZE DB 78/491, KAMMANN/HESSE/SCHLOCHAUER § 77 Rdn. 71, MOLL Tarifvorrang S. 37, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/64; zu § 59 BetrVG'52: BIEDENKOPF Tarifaufonomie S. 282, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1396; vgl. auch die Begründung zum RegE v. 29.1.71 BT-Drucks. VI/1786 S. 47 ("...Die vorgeschlagene Regelung trägt dem Vorrang der Tarifaufonomie Rechnung.")

57 So ausdrücklich LAG Berlin v. 15.6.77 DB 78/116 ("...Der Gesetzgeber trägt damit dem ihm in Art. 9 Abs. 3 GG erteilten Verfassungsauftrag, das Recht der Koalitionen in seinem Kernbereich zu gewährleisten, Rechnung."); ähnlich WEBER SAE 81/119, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 275.

gunsten der Koalitionen beinhaltet⁵⁸, im Rahmen derer auch die Tarifaufonomie als funktionstypisches Koalitionsmittel grundgesetzlichen Schutz genießt⁵⁹. Der Schutz der Tarifaufonomie bedeutet jedoch keine "status-quo-Garantie"; der Gesetzgeber ist durchaus berechtigt, die einzelnen Modalitäten der Koalitionsbetätigung zu regeln, soweit die Tarifaufonomie im Prinzip erhalten und funktionsfähig bleibt⁶⁰. Durch eine Konkurrenz zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung würde der geschützte Kernbereich der Tarifaufonomie nicht tangiert. Nach wie vor hätten die Sozialpartner die rechtliche Möglichkeit, durch Tarifvertrag die Arbeitsbedingungen (als Mindestbedingungen) mit normativer Wirkung festzulegen⁶¹. Der Tarifvorrang in § 77 Abs. 3 BetrVG beruht somit nicht auf dem Verfassungsauftrag, die Tarifaufonomie in ihrem rechtlichen Bestand zu wahren, sondern auf einer positivistischen Entscheidung des Gesetzgebers⁶².

2.2.1.2 Werbungskraft der Koalitionen

Eine andere verbreitete Meinung sieht den Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG in dem Bestreben, die Werbungskraft der über-

58 Allgem. Meinung, vgl. etwa BVerfGE 4/104 ff., BVerfGE 18/26, BIEDENKOPF Tarifaufonomie S. 102 ff., BROX Festschrift Nipperdey 1965 II S. 63, HUECK/NIPPERDEY II/1 S. 137 ff., v. MANGOLD/KLEIN GG Art. 9 Anm. V 3, NIKISCH Arbeitsrecht II S. 54 ff., RICHARDI Kollektivgewalt S. 69 ff.

59 Siehe dazu SCHOLZ Koalitionsfreiheit S. 54.

60 Vgl. W. WEBER Koalitionsfreiheit S. 14 ff., der zutreffend darauf hinweist, daß Art. 9 Abs. 3 GG das Tarifsysteem in seinen historisch geprägten Wesenszügen schützt, ohne jedoch eine nähere Ausformung ihrer Reichweite und ihrer Betätigungsmodalitäten auszuschließen; vgl. dazu BVerfGE 20/317 f.

61 Zutreffend EICKELBERG Diss. S. 132.

62 So bereits DIETZ RdA 55/241 ff.; zu Motiv und Ziel der gesetzgeberischen Entscheidung s.u. Abschnitt 2.2.3.

betrieblichen Koalitionen zu erhalten und zu fördern⁶³. Abgesehen von der Unwahrscheinlichkeit, daß das Fehlen der Sperrklausel zu einer Einbuße an Werbungskraft führen würde, und ungeachtet der mangelnden Eignung des § 77 Abs. 3 BetrVG zur Erfüllung dieser zugeschriebenen Funktion⁶⁴, kann es jedoch schon nicht einleuchten, warum die Wahrung des Mitgliederbestandes der Koalitionen ein Anliegen darstellen soll, dessen sich der Gesetzgeber anzunehmen hat⁶⁵. Unter dem Schutz der verfassungsrechtlichen Bestands- und Betätigungsgarantie haben die Koalitionen hierfür selbst Sorge zu tragen.

2.2.1.3 Wahrung des Betriebsfriedens

Schließlich wird im Rahmen der Interpretationsversuche zu § 77 Abs. 3 BetrVG der Gedanke der Wahrung des Betriebsfriedens durch Vermeidung von Streitigkeiten über "materielle" Arbeitsbedingungen angeführt⁶⁶. Hierbei kann es sich jedoch allenfalls um eine erwünschte Nebenwirkung, nicht aber um einen eigenständigen Normzweck handeln. Weder ist § 77 Abs. 3 BetrVG geeignet, die Wahrung des Betriebsfriedens effektiv zu gewährleisten, noch ist diese Auffassung vereinbar mit der

63 Insbes. MUMMENHOFF Diss. S. 23, WIESE RdA 68/42 ff., ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 703 f.

64 Insoweit zweifeln selbst Befürworter dieser Meinung; vgl. ZÖLLNER a.a.O. S. 704.

65 Zutreffend weist SÄCKER (RdA 67/371) darauf hin, daß diese Meinung die Probleme der Selbsterhaltung der Koalitionen und der Tarifautonomie vermischt.

66 Überwiegend wird dieser Gesichtspunkt nur als eines von mehreren gesetzgeberischen Motiven genannt; vgl. LAG Berlin v. 15.6.77 DB 78/116, GALPERIN/LÖWISCH § 77 Rdn. 73, STEGE/WEINSPACH § 77 Rdn. 12; zu § 59 BetrVG'52: BAG v. 27.3.63 AP Nr. 9 zu § 59 BetrVG'52 Bl. 3, BAG v. 21.2.67 AP Nr. 26 zu § 59 BetrVG'52 Bl. 3 RS, SCHELP DB 62/1244, WLOTZKE Günstigkeitsprinzip S. 130.

gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit einer Dispenserteilung⁶⁷.

2.2.2 Ansatzpunkte für die Interpretation des § 77 Abs. 3 BetrVG

2.2.2.1 Gesetzeswortlaut und Gesetzessystematik

Da keine der geschilderten Auffassungen den Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG widerspruchsfrei erklären kann, ist nach anderen Gesichtspunkten für die Normzweckbestimmung zu suchen. Hierbei lassen sich einige Rückschlüsse unmittelbar aus Gesetzeswortlaut und -systematik ableiten.

Neben der ausdrücklichen Erwähnung der "Arbeitsentgelte" ist für einen Vergleich mit § 87 Abs. 1 BetrVG insbesondere die Tatsache bedeutsam, daß sich die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG im Gegensatz zu der des einleitenden Satzes zu § 87 Abs. 1 BetrVG auch auf freiwillige, nach dem Günstigkeitsprinzip vom Tarifvertrag abweichende Betriebsvereinbarungen erstreckt. Das folgt sowohl aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 77 Abs. 3 BetrVG ("...können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein"), der eine Differenzierung nach den Kriterien freiwillig/erzwingbar und günstig/ungünstig nicht zuläßt, als auch aus dem gesetzessystematischen Zusammenhang. § 77 Abs. 3 BetrVG ist ausweislich seines Kontextes und seiner Stellung im Abschnitt "Allgemeines" eine generelle Regelung über die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen, die sich zumindest auch (wenn nicht sogar nur) auf freiwillige Betriebsvereinbarungen bezieht. Der Ausschluß des Günstigkeitsprinzips zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung im Bereich des § 77 Abs. 3 BetrVG wird durch einen Vergleich

⁶⁷ So SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/64; zum BetrVG'52 SÄCKER RdA 67/371, WIESE RdA 68/43, ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 702 f.

mit § 4 TVG bestätigt; wäre der Anwendungsbereich des § 77 Abs. 3 BetrVG auf Betriebsvereinbarungen beschränkt, die zuungunsten der Arbeitnehmer vom Tarifvertrag abweichen, so wäre die Vorschrift eine weitgehend überflüssige Wiederholung des Unabdingbarkeitsgrundsatzes⁶⁸.

2.2.2.2 Anliegen des Allgemeininteresses

Damit steht zugleich fest, daß es Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG weder sein kann, den allgemeinen Arbeitnehmerschutz zu verwirklichen, noch eine Doppelrepräsentation der Arbeitnehmer zu vermeiden⁶⁹; denn unter dem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes hätte es des Ausschlusses von Betriebsvereinbarungen, die unter Wahrung des Günstigkeitsprinzips vom Tarifvertrag abweichen, nicht bedurft⁷⁰, und der Gesichtspunkt der Doppelrepräsentation der Arbeitnehmer kann die Sperrwirkung gegenüber freiwilligen Betriebsvereinbarungen nicht rechtfertigen.

Aufgrund dieser beiden Negativfeststellungen sowie der Erkenntnis, daß § 77 Abs. 3 BetrVG nicht die "Stärkung der Tarifhoheit der Verbände um ihrer selbst willen" bezweckt⁷¹, wird deutlich, daß der Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG über den Schutz von Einzel-, Gruppen- oder Verbandsinteressen hinaus geht; es muß sich vielmehr um ein Anliegen des Allgemeininteresses handeln.

68 So bereits DIETZ RdA 55/242.

69 In letzterem Sinne aber RICHARDI Kollektivgewalt S. 269.

70 Gegen eine Ableitung des Normzwecks des § 77 Abs. 3 BetrVG (§ 59 a.F.) aus dem Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes zutreffend auch WIESE RdA 68/43 f.

71 BAG v. 6.12.63 AP Nr. 23 zu § 59 BetrVG'52 Bl. 2.

2.2.2.3 Bedeutung der Arbeitsentgelte

Die in § 77 Abs. 3 BetrVG erfolgte Gegenüberstellung von "Arbeitsentgelten" und "sonstigen Arbeitsbedingungen" bietet einen weiteren Ansatzpunkt für die Normzweckbestimmung. Da "Arbeitsbedingungen" den Oberbegriff zu "Arbeitsentgelten" bilden, sind für die ausdrückliche Erwähnung der "Arbeitsentgelte" überhaupt nur zwei Deutungen denkbar: entweder handelt es sich um eine Klarstellung oder um eine Hervorhebung. Letzteres ist hier der Fall, da ein Klarstellungsbedürfnis nicht ersichtlich ist. Die "Arbeitsentgelte" und "sonstigen Arbeitsbedingungen" stehen nicht zufällig oder willkürlich nebeneinander, die Gegenüberstellung verdeutlicht vielmehr einen engen inneren Zusammenhang⁷². Den ausdrücklich hervorgehobenen Arbeitsentgelten kommt hierbei eine exemplarische Bedeutung zu. Sonstige Arbeitsbedingungen i.S.v. § 77 Abs. 3 BetrVG sind dementsprechend nicht alle übrigen Arbeitsbedingungen schlechthin, sondern nur solche, die den Arbeitsentgelten vergleichbar sind⁷³. Das rechtfertigt es, den Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG von den Arbeitsentgelten her zu bestimmen.

2.2.3 Erhaltung der lohnpolitischen Leitfunktion der Tarifverträge als Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG

Die obigen Erörterungen werfen die Frage auf, inwieweit das Allgemeininteresse bei Arbeitsentgeltregelungen einen Vorrang der Tarifverträge vor betrieblichen Kollektivvereinbarungen fordert. Die Antwort liegt angesichts der weitreichenden gesamtwirtschaftlichen Bedeutung lohnpolitischer Entscheidungen

72 Vgl. dazu WIESE RdA 68/46 ("Sinnzusammenhang")

73 Zum Gesichtspunkt der Sachnähe zwischen "Arbeitsentgelten" und "sonstigen Arbeitsbedingungen" EICKELBERG Diss. S. 89 ff.

auf der Hand. Die Lohnpolitik gehört neben Finanz- und Geldpolitik zu den wesentlichen Einflußfaktoren für Konjunktur-entwicklung, Arbeitsmarktsituation und Geldwertstabilität. Andererseits unterliegt dieser von den Sozialpartnern autonom gestaltete Bereich - anders als die Finanz- und Geldpolitik - keinen verbindlichen Zielvorgaben. Die Bedeutung von Regelungen über die Lohnhöhe erfordert eine an gesamtwirtschaftlichen Belangen orientierte Lohnpolitik; sozialpolitische Forderungen sind auf ihre volkswirtschaftliche Vertretbarkeit abzustimmen.

Auf Arbeitnehmerseite kann eine umfassende Berücksichtigung der makroökonomischen Zusammenhänge allein von den Gewerkschaften erwartet werden. Sie verfügen aufgrund ihrer Überregionalität und ihrer Stellung innerhalb unserer Wirtschaftsordnung über den hierzu erforderlichen Überblick⁷⁴. Bei Fehlen der Tarifvorrangklausel wäre eine Überlagerung tariflicher Lohnregelungen durch - günstigere - Betriebsvereinbarungen möglich. Dadurch könnte sich das Schwergewicht kollektiver Lohnregelungen allmählich von der Tarifebene auf die Betriebs-ebene verlagern. Dann aber wäre die Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Notwendigkeiten nicht mehr gewährleistet, denn die Betriebsvereinbarungsparteien können den Vorgang naturgemäß nur von der Mikroebene des Betriebes aus betrachten.

Zwar mag aus heutiger Sicht bezweifelt werden, ob eine Verlagerung der lohnpolitischen Priorität bei Zulassung konkurrierender Betriebsvereinbarungen wahrscheinlich wäre. Jedenfalls aber wollte der Gesetzgeber im Jahre 1972 ebenso wie 1952 diese Möglichkeit von vornherein ausschließen und damit

74 Vgl. zu dieser Überlegung im Zusammenhang mit der Normzweckbestimmung des § 77 Abs. 3 GALPERIN/LÖWISCH § 77 Rdn. 74; zu § 59 BetrVG'52: BRÜNING Diss. S. 36, MÜLLER DB 67/904, NIKISCH III S. 339, WIESE RdA 68/43; kritisch dazu ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 701.

an der historisch gewachsenen und praktisch bewährten Kompetenzverteilung zwischen den überbetrieblichen Koalitionen und den betrieblichen Regelungsparteien festhalten. Diese Zielrichtung liegt § 77 Abs. 3 BetrVG zugrunde.

Die hier vorgenommene Auslegung übersieht keineswegs das Faktum der betrieblichen Lohnpolitik. Es gilt als spezifisches Phänomen der Lohnpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, daß sich der Lohnbildungsprozeß auf zwei Ebenen, nämlich einerseits tariflich sektoral und andererseits innerbetrieblich vollzieht⁷⁵.

Die Tatsache, daß die Löhne und Gehälter in nahezu allen Wirtschaftszweigen deutlich über den tariflichen Mindestsätzen liegen, unterstreicht die Bedeutung der betrieblichen Lohnpolitik. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ist die Frage nach dem Verhältnis von Tariflöhnen und Effektivlöhnen trotz zahlreicher Abhandlungen noch nicht endgültig geklärt. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Theorien und Analysen zu den Erscheinungsformen und Bestimmungsgründen von wage drift und wage gap⁷⁶ würde über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgehen. Es kann aber heute als gesichert angesehen werden, daß die Höhe der Effektivlöhne maßgeblich durch die tariflichen Lohnabschlüsse beeinflusst wird⁷⁷, was sich auch in der tendenziell synchron

75 Dazu grundlegend TESCHNER Lohnpolitik S. 1 ff. ("Das duale System der Interessenvertretung").

76 Die wage drift gibt die Differenz zwischen der relativen Veränderung der Effektivverdienste und der relativen Veränderung der Tarifverdienste an; unter wage gap versteht man die Differenz zwischen dem Niveau der Effektivverdienste und dem Niveau der Tarifverdienste; vgl. dazu GERFIN in: Arndt Lohnpolitik und Einkommensverteilung S. 472 ff.

77 Diese Bedeutung kommt der Lohnpolitik auch nach dem Verständnis der für die Wirtschafts- und Finanzpolitik Verantwortlichen zu, wie zahlreiche Appelle der Politiker an die Tarifparteien zeigen; allgemein dazu KÜLP Lohnbildung S. 20 f.

verlaufenden Entwicklung von Tariflöhnen und Effektivlöhnen zeigt⁷⁸.

Diese lohnpolitische Leitfunktion der Tarifverträge gilt es im Interesse einer geordneten gesamtwirtschaftlichen Entwicklung zu erhalten. Zwar garantiert das noch nicht ein für allemal verantwortungsbewußte und allgemeinverträgliche Lohnabschlüsse⁷⁹, wohl aber wird sichergestellt, daß die richtungweisenden lohnpolitischen Entscheidungen vorrangig auf einer Ebene getroffen werden, von der aus es überhaupt erst möglich ist, makroökonomische Betrachtungen anzustellen.

Aus diesem Grunde weist das Betriebsverfassungsgesetz dem Betriebsrat gerade keine lohnpolitischen Aufgaben zu. Das unten noch darzulegende, aus einer Analyse der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte zu folgernde Prinzip, wonach eine lohnpolitische Konkurrenz zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften ausgeschlossen sein soll, wird durch § 77 Abs. 3 BetrVG ergänzt und erweitert, indem auf lohnpolitischem Sektor auch freiwillige Betriebsvereinbarungen weitgehend für unzulässig erklärt werden. Die Festlegung übertariflicher Vergütungen ist nach dieser gesetzlichen Konzeption kein Gegenstand kollektiver Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die betriebliche Lohnpolitik als Bestandteil unternehmensseitiger Personal- und Sozialpolitik baut i.d.R. auf das Tariflohngefüge auf und vollzieht sich auf individualvertraglicher Ebene. Zwar wird der betriebliche Lohnbil-

78 Vgl. dazu das Zahlenwerk bei TESCHNER Lohnpolitik S. 21 (Tabelle 1); zwar weisen danach die Tarifverdienste und Effektivverdienste jeweils unterschiedliche Zuwachsraten auf, wohl aber wird deutlich, daß sich bezogen auf den Durchschnittsbetrag von 12 Jahren in der Tarifverdienst- und Effektivverdienstentwicklung im wesentlichen gleich verlaufende Kurven ergeben.

79 Beispiele für angeblich "unvernünftige" Tarifabschlüsse bei MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 178.

dungsprozeß in der Praxis nicht selten durch Forderungen der Betriebsräte beeinflusst, jedoch handelt es sich dabei um keine vom Betriebsverfassungsgesetz abgedeckten Betriebsratsaktivitäten.

2.2.4 Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Gegen die hier vorgenommene Normzweckbestimmung spricht weder die Öffnungsklausel des § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG noch die rechtliche Möglichkeit des Abschlusses eines Firmentarifvertrages⁸⁰. Was die Dispenserteilung gem. § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG anlangt, kann davon ausgegangen werden, daß das Gesetz es den überbetrieblichen Sozialpartnern gerade wegen ihres weitreichenden Überblicks überläßt, nach ihrer Einsicht abweichende Betriebsvereinbarungen zuzulassen⁸¹. Die Praxis zeigt zudem, daß hiervon - jedenfalls in Fragen der eigentlichen Lohnpolitik - selten Gebrauch gemacht wird⁸². Der Hinweis auf die Zulässigkeit von Firmentarifverträgen kann schon deshalb nicht erheblich sein, weil dort ja gerade auch zwangsläufig eine Gewerkschaft beteiligt ist. Außerdem werden Firmentarifverträge erfahrungsgemäß nur mit Außenseitern und Monopolisten in ohnehin besonders gelagerten Fällen abgeschlossen⁸³.

80 Auf dieses Argument stützt insbesondere SÄCKER (ZfA-Sonderheft 72/64 und RdA 67/370 ff.) seine Kritik gegenüber abweichenden Meinungen; ähnlich ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 701.

81 So zutreffend WIESE RdA 68/43 gegen die Kritik Zöllners (a.a.O.).

82 In Tarifverträgen finden sich im Gegenteil zuweilen sogar sog. "Angstklauseln", durch welche die Tarifvertragsparteien (überflüssigerweise) klarstellen wollen, daß abweichende betriebliche Regelungen nicht zulässig sind; vgl. dazu SÄCKER BB 79/1204.

83 Vgl. MAYER-MALY DB 65/33, MÜLLER DB 67/904, REUTER/STRECKEL Grundfragen S. 34.

Ebensowenig widerspricht der hier vorgenommenen Interpretation die Möglichkeit, auf einzelvertraglicher Ebene unter Wahrung des Günstigkeitsprinzips vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen treffen zu können, zumal von individualrechtlichen Lohnregelungen keine maßgeblichen Störungen der tariflichen Lohnpolitik ausgehen können und Beschränkungen der Vertragsfreiheit zuungunsten der Arbeitnehmer rechtlichen Bedenken begegnen würden.

Einzuräumen ist allerdings, daß die hier vertretene Meinung den Ausschluß tarifübernehmender Betriebsvereinbarungen⁸⁴ durch § 77 Abs. 3 BetrVG nicht voll zu erklären vermag, denn durch solche betrieblichen Kollektivregelungen, die, ohne eine eigene Sachentscheidung zu treffen, den Anwendungsbereich tariflicher Normen auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse erstrecken, wird die lohnpolitische Leitfunktion der Tarifverträge eher bestätigt als beeinträchtigt.

Der Gesetzeswortlaut ("...können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein...") spricht dafür, daß sich die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auch auf solche Betriebs-

84 Zum BetrVG'52 wurde überwiegend die Auffassung vertreten, der Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen, die lediglich tarifliche Regelungen übernehmen und auf Nichtorganisierte erstrecken, seien durch § 59 a.F. keine Grenzen gesetzt; so z.B. BAG v. 27.3.63 AP Nr. 9 zu § 59 BetrVG'52 LS 2, DIETZ § 59 Rdn. 9, FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 59 Rdn. 12 a, GALPERIN/SIEBERT § 59 Anm. 12, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1398, HUECK/NIPPERDEY/STAHLHACHE TVG § 4 Anm. 83, MAUS § 59 Anm. 9, MONJAU BB 65/632, NEUMANN/DUESBERG S. 470, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 387, ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 719; demgegenüber meinte RICHARDI (Kollektivgewalt S. 275), auch schon der damalige Gesetzeswortlaut habe der Zulässigkeit tarifübernehmender Betriebsvereinbarungen entgegen gestanden; generell verneinend ferner BIEDENKOPF Tarifautonomie S. 282, CUNTZ Diss. S. 117, SÄCKER RdA 67/370.

vereinbarungen erstreckt⁸⁵ und auch die Materialien zum BetrVG'72 legen diesen Schluß nahe⁸⁶. Offenbar wollte der Gesetzgeber insoweit gewerkschaftlichen Forderungen⁸⁷ entsprechen, wenngleich der Gesetzeswortlaut nicht so eindeutig ist, wie beispielsweise die Entwürfe der SPD⁸⁸ und des DGB⁸⁹. Der Gesetzeszweck kann jedoch nicht von dieser einzelnen Nebenwirkung her bestimmt werden; maßgeblich ist vielmehr der Gesamtzusammenhang. Der Ausschluß tarifübernehmender Betriebsvereinbarungen stellt sich demgegenüber eher als gesetzgeberische ad-hoc-Entscheidung dar. Es deutet sich überdies an, daß die Praxis das Verbot tarifübernehmender Betriebsvereinbarungen ignoriert⁹⁰ und die Rechtsprechung der Instanzgerichte

85 Seit Inkrafttreten des BetrVG'72 werden tarifübernehmende Betriebsvereinbarungen überwiegend unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 77 Abs. 3 BetrVG als unzulässig angesehen; so z.B. BRECHT § 77 Anm. 23/28, EICKELBERG Diss. S. 109, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 50, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 77 Anm. 3, HANAU/ADOMEIT S. 106, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/43; nach anderer Ansicht sollen solche Betriebsvereinbarungen nach wie vor zulässig sein bzw. das Gesetz sei interpretativ zu korrigieren, so ARBEITSRING CHEMIE § 77 Anm. 3, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 77 Rdn. 88, STEGE/WEINSPACH § 77 Rdn. 21; vgl. auch BUCHNER Die AG 71/140 und HABLITZEL DB 71/2163 zum RegE'71.

86 Nach der Begründung zum RegE (BT-Drucks. VI/1786 S. 47) sollte durch die Fassung des Gesetzes verhindert werden, "daß der persönliche Geltungsbereich von Tarifverträgen auf einem anderen als dem hierfür vorgesehenen Weg der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach dem TVG ausgedehnt wird".

87 Vgl. dazu auch BUCHNER Die AG 1971/140 ("In einer Zeit, in der die Gewerkschaften um tarifliche Differenzierungsklauseln kämpfen, kann für sie die Übernahme tariflicher Bedingungen für Nichtorganisierte im Wege der Betriebsvereinbarung nicht akzeptabel sein").

88 Siehe § 59 des SPD-Entwurfs zur Neuregelung der Betriebsverfassung, RdA 69/35 ff. (40).

89 Siehe § 59 der DGB-Vorschläge zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 70/237 ff. (245).

90 In der Praxis besteht ein erhebliches Bedürfnis für derartige Vereinbarungen; vgl. dazu schon ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 719.

dieses Verhalten trotz entgegenstehenden Gesetzeswortlauts billigt⁹¹. Offensichtlich wird hierbei der ratio legis der Vorrang vor der intentio legislatoris eingeräumt.

2.2.5 Folgerungen für die Auslegung des § 77 Abs. 3 BetrVG

Auch hier lassen sich aus dem festgestellten Normzweck wiederum Konsequenzen für den Umfang des Tarifvorranges ableiten. So wird insbesondere deutlich, daß sich die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG - anders als die des § 87 Abs. 1 Satz 1 - auch auf solche Betriebe erstreckt, in denen der entsprechende Tarifvertrag mangels Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers nicht zur Anwendung gelangt. Die starke Betonung des Allgemeininteresses verbietet eine Differenzierung nach der Tarifgebundenheit⁹².

Auf der Grundlage der vorgenommenen Interpretation beantwortet sich ferner auch die umstrittene Frage, ob § 77 Abs. 3 BetrVG nur förmliche Betriebsvereinbarungen betrifft oder ob im Anwendungsbereich der Vorschrift auch andere Regelungs-

91 So z.B. ArbG Siegburg v. 3.8.1977 DB 78/1281.

92 Im Ergebnis wie hier BRECHT § 77 Rdn. 25, DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 192, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 58, GALPERIN/LÖWISCH § 77 Rdn. 81, GK-THIELE § 77 Rdn. 90, HANAU/ADOMEIT S. 110, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 77 Rdn. 76, KONZEN BB 77/1311, LÖWISCH AuR 78/107, MOLL Tarifvorrang S. 42, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 291, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 353; ebenso zu § 59 BetrVG'52: BAG v. 16.9.60 AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG Betriebsvereinbarung, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1400, NEUMANN-DUESBERG S. 469, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 384, QUASTEN Diss. S. 110 ff., WLOTZKE Günstigkeitsprinzip S. 143 f., ZÖLLNER Festschrift Nipperdey 1965 II S. 714; anderer Ansicht BARWASSER DB 75/2275, EICKELBERG Diss. S. 100, FABRICIUS RdA 73/126; zum BetrVG'52 gegen die h.M.: ERDMANN § 59 Anm. 4, FABRICIUS Anm. zu BAG v. 8.12.70 AP Nr. 28 zu § 59 BetrVG'52, TÖDTMANN Mitbestimmungsrecht S. 43 ff.; vgl. auch HABLITZEL DB 71/2161 (zum RegE).

instrumentarien, namentlich sog. formlose Regelungsabreden⁹³, ausgeschlossen sind. Da der Zweck der Vorschrift darauf abzielt, eine Beeinträchtigung der tariflichen Lohnabschlüsse durch lohnpolitische Aktivitäten der betrieblichen Regelungsparteien zu vermeiden, muß die in § 77 Abs. 3 BetrVG angeordnete Rechtsfolge in gleicher Weise für alle mit bestehenden oder üblichen Tarifregelungen in Konkurrenz tretenden betrieblichen Kollektivvereinbarungen über "Arbeitsentgelte" und "sonstige Arbeitsbedingungen" gelten⁹⁴.

§ 77 Abs. 3 BetrVG will insoweit nicht nur die normative Gestaltungsmöglichkeit der Betriebspartner ausschließen, sondern ihre Vereinbarungskompetenz überhaupt. Hierbei nennt das Gesetz die Betriebsvereinbarung als typisches und wichtigstes Gestaltungsmittel der Betriebsverfassung stellvertretend für sämtliche kollektivrechtlichen betrieblichen Regelungsformen⁹⁵.

93 Zum Rechtsinstitut der Regelungsabrede, auch "Betriebsabsprache" (so DIETZ/RICHARDI) oder "betriebliche Einigung" (so NEUMANN-DUESBERG) genannt, siehe neben der grundlegenden Schrift von ADOMEIT (Die Regelungsabrede) insbesondere DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 158 ff., FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 68 f., NEUMANN-DUESBERG S. 408 ff.; Einigkeit besteht darüber, daß die Regelungsabrede keiner besonderen Form bedarf und daß ihr keine normative Wirkung zukommt.

94 Wie hier DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 202, FRAUENKRON § 77 Anm. 10, GALPERIN/LÖWISCH § 77 Rdn. 91, GK-THIELE § 77 Rdn. 119, HANAU RdA 73/285; ebenso zu § 59 BetrVG'52 DIETZ § 59 Anm. 11, MUMMENHOFF Diss. S. 170, NIKISCH DB 64/623, RICHARDI Kollektivgewalt S. 269; anderer Ansicht ADOMEIT BB 72/53, HANAU/ADOMEIT in früherer Auflage (1. Aufl. S. 101), KIRCHNER BB 72/1282, KÜCHENHOFF § 77 Rdn. 15, MOLL Tarifvorrang S. 55, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 295, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 665, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 366; zum BetrVG'52 ADOMEIT Regelungsabrede 2. Aufl. S. 77, NEUMANN-DUESBERG S. 473, SÄCKER Gruppenautonomie S. 298 und RdA 67/372.

95 Überzeugend HANAU RdA 73/285 ("pars pro toto").

2.3 Funktionsunterschied zwischen §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einl. BetrVG

Als Fazit der bisherigen Ausführungen bleibt festzuhalten, daß die beiden untersuchten Vorschriften verschiedene Zwecke verfolgen und unterschiedliche Regelungsgegenstände betreffen⁹⁶. § 77 Abs. 3 BetrVG statuiert den absoluten Vorrang eines bestehenden oder üblichen Tarifvertrages gegenüber betrieblichen Kollektivvereinbarungen in lohnpolitischen Angelegenheiten, welcher auch gegenüber freiwilligen und im Vergleich zum Tarifvertrag günstigeren betrieblichen Regelungen Platz greift und sich auch auf nicht tarifgebundene Betriebe erstreckt, während der Tarifvorbehalt in § 87 Abs. 1 BetrVG lediglich die Erzwingbarkeit einer betrieblichen Regelung in sozialen Angelegenheiten bei aktuell bestehender und einschlägiger Tarifregelung ausschließt.

Das Nichterkennen dieses Funktionsunterschiedes ist die Ursache zahlreicher Unklarheiten bei der Auslegung beider Vorschriften. Versteht man § 77 Abs. 3 BetrVG und den Einleitungssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG als zwei Normen mit gleicher Zielrichtung aber unterschiedlicher Wirkungsintensität⁹⁷, so muß die Frage, in welchem Verhältnis die beiden Vorschriften zueinander stehen, zwangsläufig unlösbar erscheinen⁹⁸.

96 So WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 664; auf der Grundlage ihrer Interpretation der §§ 87 Abs. 1 und 77 Abs. 3 BetrVG gehen auch SIMITIS/WEISS DB 73/1247 FN 61 von einem Funktionsunterschied beider Normen aus.

97 So z.B. WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 275 ("einheitliches legislatives Ordnungskonzept"), ähnlich BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.74 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht, LIEB ZfA 78/205, MOLL Tarifvorrang S. 20, REUTER Vergütung von AT-Angestellten S. 27 f.; zum BetrVG'52 siehe auch BAG v. 16.9.60 AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG'53 Betriebsvereinbarung Bl. 2 RS.

98 Zutreffend SIMITIS/WEISS DB 73/1247 FN 61 ("Feststellungen wie die, es handele sich bei § 87 Abs. 1 BetrVG um eine mit § 77 Abs. 3 'teilweise identische Norm' oder 'der Schutz der Tarifautonomie sei in § 87 geringer' ... tragen nicht der Tatsache Rechnung, daß die beiden Gesetzesstellen völlig verschiedene Sachverhalte ansprechen").

3. TATBESTANDLICHE REICHWEITE DES § 77 ABS. 3 BetrVG

3.1 Die Tatbestandsmerkmale "Arbeitsentgelte" und "sonstige Arbeitsbedingungen"

Für einen Vergleich der beiden Tatbestände ist es erforderlich festzustellen, welche Regelungsmaterien vom Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG erfaßt werden. Hierbei bereitet die Auslegung des Begriffs "Arbeitsentgelte" weitaus weniger Schwierigkeiten als die des Tatbestandsmerkmals "sonstige Arbeitsbedingungen".

Arbeitsentgelte sind insbesondere Löhne bzw. Gehälter sowie Leistungen mit Lohn- bzw. Gehaltersatzfunktion. Eine exakte Abgrenzung ist entbehrlich, da Fälle im Grenzbereich jedenfalls unter den Begriff "sonstige Arbeitsbedingungen" subsumierbar sind⁹⁹.

Die Wendung "sonstige Arbeitsbedingungen" kann entgegen verbreiteter Ansicht nicht dahingehend verstanden werden, daß damit sämtliche übrigen Arbeitsbedingungen schlechthin gemeint sind¹⁰⁰; ansonsten wäre die ausdrückliche Hervorhebung der Arbeitsentgelte unverständlich. Vielmehr macht die Gegenüberstellung von "Arbeitsentgelten" und "sonstigen Arbeitsbedingungen" deutlich, daß das Gesetz unter "sonstigen Arbeitsbedingungen" nur solche mit entgeltähnlichem Charakter versteht¹⁰¹. Hierbei ist ein bloß äußerer Zusammenhang zu den

99 Ebenso MOLL Tarifvorrang S. 45.

100 So aber ADOEMEIT BB 72/54, BRECHT § 77 Rdn. 24, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 77 Anm. 9, KÜCHENHOFF § 77 Rdn. 10, MOLL Tarifvorrang S. 45 ff., SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/66; WEISS § 77 Anm. 3 b aa S. 209 f., KREUTZ S. 211 ff.; zu § 59 BetrVG'52: BIEDENKOPF Tarifaufonomie S. 283 ff., FITTING BetrVerf 56/213, HERSCHEL AuR 68/131 und 69/71, HÖCKER RdA 56/18.

101 Siehe oben 2.2.2.3 S. 28.

Arbeitsentgelten nicht ausreichend; entsprechend dem festgestellten Normzweck ist vielmehr erforderlich, daß diese Arbeitsbedingungen im Hinblick auf ihre lohnpolitische Bedeutung den Arbeitsentgelten vergleichbar sind¹⁰². § 77 Abs. 3 BetrVG bezieht sich somit nur auf solche Regelungen, durch die der Umfang von Arbeitspflicht und Vergütung unmittelbar bestimmt wird¹⁰³.

3.2 Kategorien der "sonstigen Arbeitsbedingungen"

Hiernach sind es hauptsächlich zwei Gruppen von Arbeitsbedingungen, die neben den Arbeitsentgelten dem Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG unterfallen; zum einen sind es Arbeitgeberleistungen, die Entgeltcharakter haben, jedoch nach

102 Unrichtig daher EICKELBERG Diss. S. 92 und FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 52, die auch Vorschriften über die Lage der Arbeitszeit sowie über Zeit, Ort und Art der Lohnzahlung unter § 77 Abs. 3 BetrVG subsumieren.

103 Inwieweit diese Auslegung mit denjenigen Meinungen übereinstimmt, die § 77 Abs. 3 BetrVG auf materielle Arbeitsbedingungen beschränken, hängt davon ab, wie jene den Begriff definieren (vgl. dazu oben S. 9 f. FN 23); es sei aber nochmals darauf verwiesen, daß nicht die begriffliche Zuordnung zu den materiellen Arbeitsbedingungen, sondern die lohnpolitische Bedeutung das maßgebliche Abgrenzungskriterium bildet. Für eine Beschränkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auf materielle Arbeitsbedingungen LAG Berlin v. 15.6.77 DB 78/116, BOEWER DB 73/526, BROBOWSKI/GAUL II S. 607, DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 176, GALPERIN/LÖWISCH § 77 Rdn. 75, GK-THIELE § 77 Rdn. 83 ff., HANAU RdA 73/283 f. und BB 77/350, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 77 Rdn. 72, KIRCHNER BB 72/1279, KONZEN BB 77/1311 f., LIEB ZfA 78/211, SCHAUB Handbuch S. 1163, STEGE/WEINSPACH § 77 Rdn. 12, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 293, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 353; zur Beschränkung des früheren § 59 BetrVG'52 auf materielle Arbeitsbedingungen siehe oben S. 5 FN 9. BRECHT § 77 Rdn. 24, CONZE DB 78/491 und FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 51 fassen unter § 77 Abs. 3 BetrVG alle Angelegenheiten, die Gegenstand von Inhaltsnormen des Tarifvertrages sein können.

allgemeinem Sprachgebrauch nicht mehr als Arbeitsentgelte im eigentlichen Sinne verstanden werden, zum anderen Regelungen über die Arbeitszeitdauer im umfassenden Sinne.

Bei ersterer Fallgruppe ist der Übergang zu den "Arbeitsentgelten" fließend; die Einordnung ist jedoch für die Rechtsfolge bedeutungslos¹⁰⁴. Neben Löhnen und Gehältern sowie Zuschlägen jeglicher Art wie beispielsweise Mehrarbeitszuschlägen, Erschwerniszulagen, Schicht-, Spät- und Nachtarbeitszuschlägen fallen unter § 77 Abs. 3 BetrVG sämtliche Zuschüsse und Zuwendungen, die dem Arbeitnehmer im Hinblick auf das Bestehen des Arbeitsverhältnisses gewährt werden, wie z.B. Fahrtkostenzuschüsse, Entfernungszulagen, Auslösungen, Unterstützungen aus besonderem Anlaß etc.¹⁰⁵. Ferner werden alle Arten von Sondervergütungen erfaßt, wie z.B. Tantiemen, Weihnachtsgelder, Treueprämien, Jubiläumsgelder sowie zusätzliche Urlaubsvergütungen. Außerdem gehören hierher Abfindungen und Überbrückungsgelder bei Übergang in den Ruhestand. Schließlich zählen zu den Arbeitsbedingungen mit Entgeltcharakter sämtliche Sachleistungen, die anstelle einer Vergütung in Geld als Gegenleistung für die Arbeit

104 Ebensovienig spielt es eine Rolle, ob die Arbeitgeberleistungen lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtlich als Arbeitsentgelt angesehen werden.

105 Zu Arbeitgeberzuschüssen bei Werkmietwohnungen, Übernahme von Kontoführungsgebühren bei bargeldloser Lohn- und Gehaltszahlung sowie zu Leistungen der betrieblichen Altersversorgung eingehend unter Ziff. 6.3.1 ff.

gewährt werden¹⁰⁶.

Arbeitszeitregelungen stehen in bezug auf ihre lohnpolitische Bedeutung den Arbeitsentgelten gleich, denn zwischen Vergütung und Arbeitszeit besteht eine wechselseitige Abhängigkeit¹⁰⁷. Arbeitszeit ist hierbei umfassend zu verstehen, d.h. hierzu zählen sowohl die regelmäßige Wochenarbeitszeit als auch die Jahres- und Lebensarbeitszeit. Neben Arbeitszeitregelungen im engeren Sinne unterliegen dem Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG daher auch beispielsweise Bestimmungen über Urlaubsdauer und zusätzlichen Urlaub für bestimmte Arbeitnehmergruppen, Regelungen über bezahlte Freistellung bei besonderen Anlässen oder Arbeitsverhinderung, Einführung bezahlter Pausen, Modelle für vorzeitige Pensionierungen unter Weiterzahlung des Arbeitsentgelts¹⁰⁸ etc.

106 Die Aufzählung im Text stellt lediglich auf die Tatbestandsmerkmale "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen" ab, nicht aber darauf, ob in der Praxis tatsächlich üblicherweise eine tarifliche Regelung dieser Angelegenheiten erfolgt. Letztere Frage betrifft nicht die tatbestandliche Abgrenzung, sondern die Subsumtion. Umfang und Grenzen der Sperrwirkung im Einzelfall hängen vom jeweiligen Regelungsinhalt des Tarifvertrages ab. Generalisierende Feststellungen wie "Betriebsvereinbarungen sind zulässig, wenn sie an andere Tatbestandsvoraussetzungen anknüpfen als der Tarifvertrag" oder "...für die Interpretation der Tarifvorbehalte können die Überlegungen fruchtbar gemacht werden, die zur gegenständlichen Abgrenzung der relativen Friedenspflicht entwickelt worden sind..." (SÄCKER BB 79/1201 ff.) können bei der Gesetzesanwendung zwar gewisse Anhaltspunkte bilden, besitzen aber andererseits nur eine geringe Aussagekraft; vgl. dazu auch DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 194 ff., EICH DB 80/1341, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 51.

107 Dazu SIMITIS/WEISS DB 73/1241 ("Der Arbeitszeitrhythmus ist ... auch Lohnrhythmus").

108 Dieser Fragenkreis hat in jüngerer Zeit zunehmende Bedeutung in der tarifpolitischen Diskussion gewonnen (Schlagwort "Tarifrente").

3.3 Kein Hindernis für eine expansive Tarifpolitik

Gegen die hier vertretene Meinung möge nicht eingewandt werden, die Beschränkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auf die Lohn- und Arbeitszeitpolitik erschwere eine expansive Tarifpolitik¹⁰⁹. Unbeschadet einer restriktiven Auslegung des § 77 Abs. 3 BetrVG bleibt es den Tarifvertragsparteien unbenommen, über den "klassischen" Bereich tarifpolitischer Betätigung hinaus neue Regelungskomplexe tariflich zu erschließen. Allerdings können sie insoweit weder beanspruchen, daß ihrer Tarifregelung eine Sperrwirkung gegenüber Außenseiterbetrieben zukommt, noch daß das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung außer Kraft gesetzt wird.

¹⁰⁹ So aber offenbar die Befürchtung von BIEDENKOPF Tarifautonomie S. 285 f., ebenso KREUTZ Betriebsautonomie S. 214; dagegen schon WIESE RdA 68/45.

4. EINZELNE TATBESTÄNDE DES § 87 ABS. 1 IM VERGLEICH MIT § 77 ABS. 3 BetrVG

Angesichts der Beschränkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auf lohnpolitische Angelegenheiten sind Überschneidungen dieser Vorschrift mit § 87 Abs. 1 BetrVG am ehesten dort denkbar, wo sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auf Fragen der Arbeitsentgelte oder der Arbeitszeit bezieht, namentlich also bei § 87 Nr. 10 und 11 einerseits und § 87 Nr. 3 BetrVG andererseits. Diese Regelungsgegenstände sind es auch, die - soweit diese Frage überhaupt erörtert wird - überwiegend als typische Kollisionsfälle zwischen §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG genannt werden¹¹⁰; daher bilden diese Tatbestände den Ausgangspunkt der nachfolgenden vergleichenden Betrachtung zu §§ 87 Abs. 1 und 77 Abs. 3 BetrVG.

4.1 Mitbestimmung beim Arbeitsentgelt/Problem der Mitbestimmung über die Lohnhöhe

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates beim Arbeitsentgelt sind in § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG geregelt. Hierbei betrifft Nr. 10 die Lohngestaltungsfragen im allgemeinen, Nr. 11 trifft Sonderregelungen für die leistungsbezogenen Entgelte¹¹¹. Zum Zwecke des Vergleichs mit § 77 Abs. 3 ist von

¹¹⁰ So z.B. von DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 180, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 57 i.V.m. § 87 Rdn. 3; WIESE Festschrift 25 Jahrbuch BAG S. 665.

¹¹¹ Das BAG sieht Nr. 11 des § 87 BetrVG eindeutig als die spezielle Vorschrift gegenüber Nr. 10 an (vgl. BAG v. 29.3.77 DB 77/1416), ähnlich FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 59 ("Hier wird eine besondere aus Nr. 10 herausgehobene Frage geregelt"), ebenso zu § 56 lit. g und h. BetrVG⁵² NEUMANN-DUESBERG S. 497; gegen ein Spezialitätsverhältnis zwischen Nr. 10 und Nr. 11 MOLL (Mitbestimmung beim Entgelt S. 28), was aus seiner Sicht verständlich ist, weil er aus einem - vermeintlichen - Mitbestimmungsrecht über die Leistungslohnhöhe Konsequenzen für § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ableiten will.

besonderem Interesse, ob sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auch auf die Lohnhöhe erstreckt. Die Frage ist im Rahmen beider Mitbestimmungstatbestände umstritten, wobei in Rechtsprechung und Literatur die Tendenz zu erkennen ist, bei Nr. 11 ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Lohnhöhe zu bejahen, es dagegen bei Nr. 10 zu verneinen¹¹².

4.1.1 Betriebliche Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG)

4.1.1.1 Meinungsstand und Begründungsversuche zum Mitbestimmungsrecht bei der Lohnhöhe

Unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut ("Entlohnungsgrundsätze", "Entlohnungsmethoden") und die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen vertraten Rechtsprechung und Lehre zu § 56 lit.h BetrVG'52 nahezu ausnahmslos die Auffassung, Gegenstand des Mitbestimmungsrechts sei nur die Lohnfindung, nicht aber die Lohnhöhe¹¹³. Auch zum heutigen Rechtszustand wird diese Abgrenzung - jedenfalls im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG - überwiegend beibehalten¹¹⁴; allerdings mehren sich in jüngster Zeit Gegenstimmen,

112 Gegen ein Mitbestimmungsrecht hins. der Lohnhöhe im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 10 bei gleichzeitiger Bejahung der Mitbestimmung über die Leistungslohnhöhe BAG v. 29.3.77 DB 77/1415 ff., GK-WIESE § 87 Rdn. 136 und 154 b f. mit weiteren Nachweisen.

113 So z.B. BAG v. 7.12.62 AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG'52 Akkord, BAG v. 22.1.63 AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG'52 Entlohnung, BAG v. 18.3.64 AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG'52 Entlohnung, DIETZ § 56 Anm. 215 f., ERDMANN § 56 Anm. 32, GALPERIN/SIEBERT vor § 56 Anm. 18, HILGER in Dietz/Gaul/Hilger S. 150 ff., HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1387 f., NIKISCH Arbeitsrecht III S. 424, RICHARDI RdA 69/235.

114 BAG v. 14.11.74 DB 75/420, BAG v. 29.3.77 DB 77/1416, BAG v. 22.1.80 DB 80/1895, BICHLER DB 79/1941 f., DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 136, EICH DB 80/1342, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 226, GAUL BB 78/767, GK-WIESE § 87 Rdn. 136, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 197, LIEB ZfA 78/194, LÖWISCH ZHR 1975/370 ff., RICHARDI ZfA 76/18 ff., STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 167, WIESE Initiativrecht S. 67 f., ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 363; vgl. auch BVerfG v. 1.3.79 DB 79/593.

die für eine generelle Erstreckung der Mitbestimmung auf die Lohnhöhe plädieren¹¹⁵.

Der Mitbestimmungstatbestand hat durch das BetrVG'72 insofern eine Erweiterung gegenüber § 56 Abs. 1 lit. h BetrVG'52 erfahren, als nunmehr die "Entlohnungsgrundsätze" und "Entlohnungsmethoden" nur noch als Beispielsfälle unter dem Oberbegriff "betriebliche Lohngestaltung" aufgeführt sind. Der Gesetzgeber wollte hierdurch "ein umfassendes Mitbestimmungsrecht in diesem Bereich" sicherstellen¹¹⁶.

Einige Autoren wollen bereits aus dieser Änderung ein Mitbestimmungsrecht über die Lohnhöhe ableiten. Sie räumen zwar ein, daß diese Auslegung nicht zwingend aus dem Begriff "betriebliche Lohngestaltung" folgt, messen aber der ausdrücklich erklärten Absicht des Gesetzgebers, eine Erweiterung gegenüber dem früheren Rechtszustand herbeiführen zu wollen, maßgebliche Bedeutung bei¹¹⁷.

Darüber hinaus wird versucht, aus § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG Rückschlüsse auf ein generelles Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Lohnhöhe zu ziehen. Befürworter eines lohnpolitischen Mitbestimmungsrechts führen hierzu aus, bei der Festlegung der Akkordsätze beziehe sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aufgrund der ausdrücklichen Hervorhebung der Geldfaktoren in § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG "eindeutig" auf die Geldseite, weshalb auch im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10

115 BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.74, EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht S. 29, GESTER/ISENHARDT RdA 74/80, KLINKHAMMER AuR 77/366, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 188, RUMPF AuR 72/69 ff., STRIEDER BB 80/421 ff.

116 Siehe dazu die Begründung zum RegE BT-Drucks. VI/1786 S. 49.

117 GESTER/ISENHARDT RdA 74/82, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 185 ff., STRIEDER DB 80/422.

BetrVG eine Beschränkung der Mitbestimmung auf die Lohnfindung nicht mehr haltbar sei¹¹⁸.

Sämtliche Bemühungen, ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Lohnhöhe argumentativ zu rechtfertigen, sind von dem Bestreben getragen, den sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu verbessern. Allerdings lassen all diese Meinungen eine Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, ob das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer tatsächlich ein solches Mitbestimmungsrecht erfordert oder ob dem nicht anderweitig im Rahmen des bestehenden Systems besser Rechnung getragen werden kann.

4.1.1.2 Gegenargumente

4.1.1.2.1 Gesetzeswortlaut/Gesetzessystematik

Der Begriff "betriebliche Lohngestaltung" ist einerseits so weit, andererseits so wenig präzise, daß er keinen zwingenden Schluß für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage zuläßt¹¹⁹. Anhaltspunkte für die Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bieten allerdings die als Beispiele angeführten "Entlohnungsgrundsätze" und "Entlohnungsmethoden". "Entlohnungsgrundsätze" sind die Prinzipien, nach denen im Betrieb der Lohn ermittelt

118 GESTER/ISENHARDT RdA 74/84, KLINKHAMMER AuR 77/365 f., MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 185 ff., RUMPF AuR 72/71, STRIEDER DB 80/422; vgl. auch REUTER/STRECKEL Grundfragen S. 20.

119 So GESTER/ISENHARDT RdA 74/82 f., LÖWISCH ZHR 75/371, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 183; dagegen meint BICHLER (DB 79/1941) bereits aus dem Begriff "Lohngestaltung" im Wege einer "grammatikalischen Auslegung" den Ausschluß der Lohnhöhe aus dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 folgern zu können; verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 unter dem Gesichtspunkt mangelnder Normklarheit äußert SCHIRDEWAHN BB 80/163.

wird, unter "Entlohnungsmethoden" versteht man die Regeln über die Art und Weise der Durchführung des Entlohnungsgrundsatzes¹²⁰.

Die ausdrückliche Hervorhebung dieser bereits in § 56 lit. h BetrVG'52 enthaltenen Begriffe läßt erkennen, daß diejenigen Regelungsgegenstände, die im Rahmen der Lohngestaltung schon unter Geltung des BetrVG'52 der Mitbestimmung unterfielen, auch den typischen Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG'72 ausmachen. Damit wird zugleich deutlich, daß mit der Änderung des Gesetzeswortlauts zwar eine Erweiterung, nicht aber eine Ausuferung des Mitbestimmungstatbestandes bezweckt wurde. Die indizielle Bedeutung der vom Gesetz zitierten Beispielsfälle spricht eindeutig gegen ein Mitbestimmungsrecht über die Lohnhöhe¹²¹.

Keine Folgerungen für die Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG lassen sich dagegen aus § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ableiten. Diejenigen Auffassungen, die aus der ausdrücklichen Erwähnung der Geldfaktoren in § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG auf ein lohnpolitisches Mitbestimmungsrecht bei § 87 Abs. 1 Nr. 10 schließen¹²², sind - unabhängig von Zweifeln an der Richtigkeit ihrer Auslegung zu § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG - bereits rechtsmethodisch unrichtig, da sie spezifische Besonderheiten des speziellen Tatbestandes zum Auslegungsmaßstab für den allgemeinen Tatbestand machen¹²³.

120 Vgl. zu diesen Begriffsbestimmungen DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 283 ff., GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 211 ff., GK-WIESE § 87 Rdn. 137 ff., RUMPF AuR 72/67 f., SCHAUB Handbuch S. 1195, STADLER BB 72/801 f.

121 In Begründung und Ergebnis übereinstimmend DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 279 f.; GK-WIESE § 87 Rdn. 136, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 197, RICHARDI ZfA 76/8.

122 S.o. FN 118.

123 Zur methodischen Unrichtigkeit dieses Umkehrschlusses siehe LIEB ZfA 78/194 (dort FN 44), STADLER BB 72/801.

4.1.1.2.2 Grundprinzipien der Arbeitsverfassung

Gegen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Lohnhöhe wird vorgebracht, unserer Arbeitsverfassung sei der Grundsatz immanent, daß Entscheidungen über die Lohnhöhe dem individuellen oder kollektiven Aushandeln vorbehalten seien und eine "Zwangsschlichtung"¹²⁴ nicht stattfinde. Hiermit sei es unvereinbar, wenn die Einigungsstelle verbindlich über die Lohnhöhe entscheiden könne¹²⁵.

In der Tat galt es während der 20jährigen Geltungsdauer des BetrVG'52 als gesichertes Erkenntnis, daß eine verbindliche Schlichtung über lohnpolitische Angelegenheiten im Betriebsverfassungsrecht ebensowenig in Betracht komme wie im Tarifrecht¹²⁶. Unter Hinweis auf die überragende Bedeutung der Freiheitsgarantie in unserer Rechtsordnung sowie auf das Fehlen objektiver Maßstäbe für gerechte Entlohnung vertraten Rechtsprechung und Lehre nahezu einhellig den Standpunkt, daß die gegenseitigen Gerechtigkeitsvorstellungen beim Lohn

124 Gegen die Verwendung des Begriffs "Zwangsschlichtung" in diesem Zusammenhang GESTER/ISENHARDT (RdA 74/83) und SIMITIS/WEISS (DB 73/1245), die mutmaßen, durch diese Terminologie solle im Hinblick auf abschreckende Erfahrungen in der Vergangenheit emotionale Abwehr mobilisiert werden; der Begriff als solcher ist jedoch wertungsfrei und charakterisiert die verbindliche Entscheidung der Einigungsstelle durchaus zutreffend (vgl. dazu BISCHOFF Einigungsstelle S. 49 f.).

125 So insbesondere ERDMANN (BlStSozArbR 71/245) und OBERMAYER (DB 71/1722) in ihrer massiven Kritik am RegE; vgl. auch Galperin RegE S. 31 ff., DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 31, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 197, KRÜGER RegE S. 37, LÖWISCH ZHR 75/372.

126 Vgl. beispielsweise BAG v. 7.12.62 AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG'52 Akkord Bl. 4 RS/5, BAG v. 16.9.60 AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG'53 Betriebsvereinbarung Bl. 3, DIETZ § 56 Rdn. 25, HILGER in Dietz/Gaul/Hilger S. 150 ff., DUTTI RdA 67/135 ff., GALPERIN/SIEBERT vor § 56 Rdn. 18, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1359, NIPPERDEY RdA 68/451.

durch Verhandlungen auszugleichen und das Ergebnis in freier Übereinkunft zu vereinbaren sei.

An dieser Stelle soll weder die rechtstheoretische Frage vertieft werden, ob den zitierten Grundsätzen der Arbeitsverfassung der Charakter verbindlicher Rechtsnormen oder gar Verfassungsrang zukommt¹²⁷, noch sollen hypothetische Überlegungen darüber angestellt werden, ob es überhaupt rechtlich möglich wäre, die Entscheidung über die Lohnhöhe dem Spruch der Einigungsstelle zu unterwerfen. Derartige Erörterungen erübrigen sich schon deshalb, weil die geltende Gesetzesfassung keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine so weite Auslegung bietet. Angesichts der einhellig gegenteiligen Rechtsauffassung zum früheren Rechtszustand hätte die Einbeziehung der Lohnhöhe unter das Mitbestimmungsrecht einer eindeutigen gesetzgeberischen Willensäußerung bedurft. Eine solche läßt sich jedoch jedenfalls im Rahmen des Mitbestimmungstatbestandes des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht nachweisen. Es wäre auch geradezu widersinnig, wollte man dem Gesetzgeber unterstellen, er habe eine derart gravierende, nahezu systemverändernde Neuerung in "verschleierter" Form einführen wollen¹²⁸.

4.1.1.2.3 Kriterien für den Spruch der Einigungsstelle

Ein Blick auf die Beurteilungsmaßstäbe, die das Gesetz der Einigungsstelle für deren Entscheidung an die Hand gibt, läßt erkennen, daß es dem Gesetzgeber des BetrVG'72 fernegelegen haben muß, der Einigungsstelle lohnpolitische Schlichtungsaufgaben zu übertragen. Wenn § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG als

127 Auseinandersetzung mit dieser Frage bei MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 172.

128 Ebenso LÖWISCH ZHR 75/373.

Entscheidungskriterien nur die "Belange des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer" nennt, so zeigt sich hierin, daß das Gesetz die Einigungsstelle als eine betriebliche Einrichtung versteht, deren Aufgabe es ist, betriebsspezifische Konflikte unter betriebsbezogenen Aspekten zu schlichten¹²⁹. Die Vorschrift enthält im Gegensatz zu § 112 Abs. 4 BetrVG nicht einmal einen Hinweis auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen, was eindeutig gegen eine Entscheidungskompetenz der Einigungsstelle in lohn- und unternehmenspolitischen Fragen spricht¹³⁰.

Gegenstand des Schlichtungsverfahrens nach § 76 Abs. 5 BetrVG können nur solche Regulationsfragen sein, die vom Horizont der betrieblichen Mikroebene her beurteilt werden können. Nicht dagegen kann der Einigungsstelle die Abwägung makroökonomischer Belange überbürdet werden. Bei einer verbindlichen Schlichtung über die Lohnhöhe müßte die Einigungsstelle zwangsläufig alle bei Tarifverhandlungen notwendigen Überlegungen anstellen; sie müßte also die allgemeine Konjunkturentwicklung abschätzen, die Wettbewerbssituation analysieren, die Arbeitsmarktsituation überblicken und die Währungsstabilität beurteilen. Daß sie damit überfordert wäre, ist evident¹³¹.

129 Das dürfte auch gemeint sein, wenn LÖWISCH (DB 73/1747 und ZHR 75/372) ausführt, der Gesetzgeber habe der Einigungsstelle für die lohnpolitische Entscheidung "keinerlei Anhaltspunkte" gegeben; wie Löwisch auch KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 197.

130 Allerdings darf dieser Gesichtspunkt auch nicht überbewertet werden; es erscheint weit überzogen, in der Vorschrift des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG den "Schlüssel zum Verhältnis von unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten" zu sehen; so aber REUTER Vergütung von AT-Angestellten S. 13 ff. und ZfA 81/182; der Bestimmung kommt vielmehr nur eine indizielle Bedeutung zu; zwingende Argumente ergeben sich erst aus dem Gesamtzusammenhang dieser Vorschrift mit anderen gesetzlichen Grundsätzen; gegen REUTER auch v. FRIESEN DB 80/Beil. 1 S. 9 f.

131 Zutreffend LÖWISCH Anm. zu BAG v. 29.3.77 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG Leistungslohn S. 29 f.

4.1.1.2.4 Kooperationsgebot

Ein weiteres Indiz gegen ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei der Lohnhöhe ergibt sich aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 BetrVG¹³². Nach zutreffender Auffassung stellt das im BetrVG'72 an exponierte Stelle vorgerückte Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit eine verbindliche Rechtsnorm dar, die zum einen für beide Seiten Verhaltensgebote beinhaltet, zum anderen einen Auslegungsmaßstab für gesetzlich statuierte Rechte und Pflichten bildet¹³³. Auch die Mitbestimmungstatbestände stellen letztlich nur ein verstärktes Drängen des Gesetzgebers zur Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat dar¹³⁴.

Kooperation ist aber nur dort möglich, wo zumindest ein Sockel gemeinsamer Interessen vorhanden ist. Im Bereich der

132 Vgl. allgemein zur Kooperationsmaxime und deren Auswirkungen auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats BUCHNER DB 74/530 ff. und DIETZ RdA 69/1 ff.

133 In diesem Sinne LAG Frankfurt v. 22.5.73 wörtlich zitiert bei KÜCHENHOFF § 2 Anm. 4; ebenso BAG v. 6.12.63 AP Nr. 6 zu § 56 BetrVG'52 Wohlfahrtseinrichtungen Bl. 1 RS, BAG v. 21.2.78 AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG'72, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 2 Rdn. 2 a, SÖLLNER Arbeitsrecht S. 152; anders dagegen WEISS § 2 Anm. 2 ("Die Formel ist zu unbestimmt, als daß es angebracht wäre, aus ihr konkrete Rechte und Pflichten herzuleiten").

134 So BUCHNER DB 74/532 unter Verweis auf Äußerungen des damaligen Bundesministers für Arbeit und Soziales Walter ARENDT vor dem Deutschen Bundestag am 10.11.71 (abgedruckt in "Zur Sache" 1/72 S. 174); unrichtig dagegen die These von STRIEDER BB 80/420, wonach das Gesetz dort Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats statuiert, wo aufgrund natürlicher Interessengegensätze die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht konfliktfrei funktionieren kann; vgl. auch die Äußerungen des damaligen BT-Abgeordneten FARTHMANN zum Thema "Konfliktordnung/Friedensordnung" in: "Zur Sache" 1/72 S. 88.

Lohnfindung ist diese Voraussetzung erfüllt, nicht aber bei der Lohnhöhe. Transparenz und relative Leistungsgerechtigkeit des Entlohnungssystems sind durchaus gemeinsame Zielvorstellungen von Arbeitgeber und Betriebsrat; dagegen sind Verhandlungen über Lohnerhöhungen durch einen diametralen Interessengegensatz gekennzeichnet, der die Verwirklichung eines Partnerschaftsgedankens i.S.v. § 2 Abs. 2 BetrVG auf diesem Gebiet unmöglich erscheinen läßt¹³⁵. Diese naturgemäß von Konfrontation beherrschten Verhandlungsgegenstände werden daher nicht der als Kooperationsmodell konzipierten Betriebsverfassung, sondern der Tarifebene zugewiesen. Würde das Gesetz einerseits Kooperation verlangen, andererseits die Lohnhöhe der Mitbestimmung unterstellen, so enthielte es einen offenen Wertungswiderspruch.

4.1.1.2.5 Andere Rechtsinstitute des Arbeitnehmerschutzes

Entscheidend dürfte aber sein, daß angesichts anderer rechtlicher Möglichkeiten der Verwirklichung des Arbeitnehmerschutzes weder zur Zeit der Novellierung des BetrVG im Jahre 1972 noch zum jetzigen Zeitpunkt ein sozialpolitisches Bedürfnis dafür bestand oder besteht, durch ein Mitbestimmungsrecht über die Lohnhöhe nachhaltig in gewachsene und bewährte Strukturen einzugreifen.

Zwar soll hier keineswegs geleugnet werden, daß sich der einzelne Arbeitnehmer auf Grund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber dem Arbeitgeber auf individualvertraglicher Ebene regelmäßig in einer faktisch schwächeren Position befindet. Der Schutz der Arbeitnehmer vor Nachteilen, die

¹³⁵ So bereits zu § 49 BetrVG'52 DUTTI RdA 67/137, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1359, NIPPERDEY RdA 68/452, RICHARDI Kollektivgewalt S. 266; zum BetrVG'72 insbes. KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 197.

aus ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit resultieren, ist aber gerade das ureigene Aufgabengebiet der Gewerkschaften. Durch die gewerkschaftliche Gegenmacht wird ein Kräftegleichgewicht zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite hergestellt. Das Tarifvertragssystem bringt die Vertragsfreiheit auf einer Ebene zur Geltung, auf der sie besser funktionieren kann als im einzelvertraglichen Bereich¹³⁶.

Betrachtet man die Frage nach der Mitbestimmung über die Lohnhöhe unter dem Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes, so kann es angesichts der vorrangigen Zuständigkeit der Gewerkschaften nur noch darum gehen, ob es der Schutzgedanke erfordert, daß dem Betriebsrat bei Fehlen einschlägiger Tarifregelungen die Entfaltung subsidiärer lohnpolitischer Aktivitäten im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung eröffnet wird¹³⁷. Eine Notwendigkeit hierfür besteht dann nicht, wenn eine tarifliche Regelung tatsächlich möglich wäre, die Tarifvertragsparteien aber hierauf (gänzlich oder bezüglich bestimmter Arbeitnehmergruppen) verzichten¹³⁸. Denn dann spricht eine Vermutung gegen ein besonderes Schutzbedürfnis; jedenfalls kann in diesem Zusammenhang nicht mit dem Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite argumentiert werden.

Somit beschränkt sich die praktische Bedeutung der diskutierten Frage auf die Fälle, in denen bestehende tarifliche Regelungen mangels Tarifgebundenheit des Arbeitgebers im Betrieb nicht angewendet werden können. Aber auch dort kann der

136 So ausdrücklich ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 3.

137 So offenbar STRIEDER BB 80/423, der meint, Sinn des § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 sei es, zu gewährleisten, daß dem Arbeitgeber in allen Lohnfragen ein gleich starker Verhandlungspartner gegenüberstehe, und zwar entweder die Gewerkschaft oder der Betriebsrat.

138 Diese Fallkonstellation besteht insbesondere im Bereich der sog. AT-Angestellten; dazu unten Ziff. 6.3.4.

Arbeitnehmerschutz kollektivrechtlich verwirklicht werden, ohne daß es einer lohnpolitischen Mitbestimmung und Schlichtung bedarf. Idealtypisches Mittel zur Wahrnehmung des Arbeitnehmerschutzes in nicht verbandsangehörigen Betrieben ist der Firmentarifvertrag. Sein Abschluß kann wie jeder Tarifvertrag durch kollektiven Druck - äußerstenfalls durch Streik - erzwungen werden¹³⁹. Der Firmentarifvertrag schließt es aus, daß der Arbeitgeber durch einen Verzicht auf Verbandszugehörigkeit den Arbeitnehmerschutz verkürzt. Dagegen kann nicht eingewendet werden, diese Schutzmöglichkeit sei bei niedrigem Organisationsgrad der Arbeitnehmer nicht realisierbar, denn in diesen Fällen liegt es allein bei den Arbeitnehmern selbst, die Möglichkeit kollektiven Schutzes zu schaffen.

Nachteile für Arbeitnehmer in nicht tarifgebundenen Betrieben können ferner - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 TVG - auch durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen ausgeschlossen werden. Nach zutreffender Ansicht kommt der Allgemeinverbindlichkeitserklärung neben anderen Zwecken auch eine sozialpolitische Funktion zu¹⁴⁰. Die Tatsache, daß von der Ermächtigung des § 5 TVG - jedenfalls in einigen wichtigen Branchen - selten Gebrauch gemacht wird¹⁴¹, spricht nicht gegen die Effizienz dieses Rechts-

139 Es unterliegt keinem Zweifel, daß - jedenfalls in nicht verbandsangehörigen Betrieben - ein Arbeitskampf mit dem Ziel des Abschlusses eines Firmentarifvertrages geführt werden kann; rechtliche Bedenken werden im Schrifttum nur für den Fall angemeldet, daß ein verbandsangehöriger Arbeitgeber durch einen Streik zum Austritt aus dem Arbeitgeberverband oder zum Abschluß eines Firmentarifvertrages während der Laufzeit eines Verbandstarifvertrages gezwungen werden soll (dazu SCHAUB Handbuch S. 1030).

140 Zur sozialpolitischen Funktion der Allgemeinverbindlichkeitserklärung WIEDEMANN/STUMPF § 5 Rdn. 3.

141 Zahlenangaben über allgemeinverbindliche Tarifverträge bei SCHAUB Handbuch S. 1067 FN 1.

instituts, sondern ist ein Indiz dafür, daß sich in der Praxis eine Notwendigkeit für die Erstreckung von Tarifnormen auf Nichtorganisierte weitgehend nicht stellt.

4.1.1.3 Mitbestimmung nur hinsichtlich der Lohnfindung

Selbst wenn man jedes einzelne der oben aufgeführten Argumente bei isolierter Betrachtung nicht für zwingend hält, so zeigen sie jedoch in ihrer Gesamtheit, daß eindeutig mehr gegen als für ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht in lohnpolitischen Angelegenheiten spricht. Jedenfalls im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gilt daher nach wie vor der Satz, daß der Mitbestimmung nur die Lohnfindung, nicht aber die Lohnhöhe unterliegt. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG schützt die Arbeitnehmer vor einer einseitig unternehmensorientierten Bestimmung der Maßstäbe, nach denen der Lohn im Betrieb ermittelt wird¹⁴² und gewährleistet eine umfassende Beteiligung der Arbeitnehmer bei Entscheidungen über die betriebliche Durchführung lohnpolitischer Festlegungen.

Durch den weiten Begriff "betriebliche Lohngestaltung" erhält § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG generalklauselartigen Charakter¹⁴³. Der Grund hierfür ist einleuchtend; die Prinzipien der Lohn- und Gehaltsfindung sind in ständiger Fortentwicklung und Verfeinerung begriffen¹⁴⁴. Der Gesetzgeber tat also im Jahre 1972 gut daran, durch die weitere Formulierung sicherzustellen, daß auch alle künftigen methodischen,

142 So ausdrücklich STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 167.

143 Zum generalklauselartigen Charakter des § 87 Abs. 1 Nr. 10 (allerdings mit unterschiedlichen Schlußfolgerungen): BAG v. 12.6.75 BB 75/1062, BAG v. 13.2.79 BB 79/1767, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 54, GK-WIESE § 87 Rdn. 135, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 161, RICHARDI ZfA 76/6, RUMPF AuR 72/73.

144 So RUMPF AuR 72/73.

systematischen, technischen und strukturellen Fragen der
Lohnermittlung von dem Mitbestimmungstatbestand abgedeckt
werden¹⁴⁵.

4.1.2 Akkord- und Prämiensätze

4.1.2.1 Hervorhebung der Geldfaktoren

Im Rahmen der Mitbestimmung bei der Festsetzung von Akkord-
und Prämiensätzen hat der Gesetzgeber des BetrVG'72 in einen
unter Geltung des BetrVG'52 geführten Meinungsstreit einge-
griffen. Während die herrschende Meinung zum früheren Rechts-
zustand die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Fest-
legung der Akkordsätze auf den Zeitfaktor beschränkte¹⁴⁶,

145 Unrichtig ist es, wenn behauptet wird, bei Ausschluß der
lohnpolitischen Fragen sei die Aufnahme des Oberbegriffs
"betriebliche Lohngestaltung" überflüssig gewesen, da die
übrigen Sachverhalte durch die auch schon im früheren
Gesetzestext enthaltenen Begriffe "Entlohnungsmethoden"
und "Entlohnungsgrundsätze" abgedeckt seien (so aber
GESTER/ISENHARDT RdA 74/82, KLINKHAMMER AuR 77/365,
STRIEDER BB 80/422); zu eng andererseits STADLER (BB 72/
801), der unmittelbar nach Inkrafttreten des BetrVG'72
meinte, für die Praxis ergebe sich aus dem veränderten
Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG keine Veränderung
gegenüber dem früheren Rechtszustand; die zehnjährige
Praxis widerlegt beide Meinungen; als Beispiele für An-
gelegenheiten, die - ohne "Entlohnungsgrundsätze" oder
"Entlohnungsmethoden" zu sein - unter § 87 Abs. 1 Nr. 10
BetrVG subsumiert werden, seien zum einen die nicht aus
einem zweckgebundenen Sondervermögen gewährten Leistungen
der betrieblichen Altersversorgung (dazu unten 6.3.1),
zum anderen die Vergabe von Arbeitgeberdarlehen (vgl. da-
zu BAG v. 9.12.80 BB 81/735 ff.) genannt.

146 DIETZ § 56 Rdn. 194, ders. BB 60/370, GALPERIN/SIEBERT
§ 56 Rdn. 82, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1382, KOLLMAR Diss.
S. 94 ff., MAUS § 56 Rdn. 47 a ff., MEYENSCHEN-JUEN Zeit-
akkord S. 80, NEUMANN-DUESBERG S. 495 f., NIKISCH Arbeits-
recht III S. 422 ff., RICHARDI Kollektivgewalt S. 255 f.,
272 f., ders. RdA 69/235, SIEBERT BB 56/48; vgl. auch BAG
v. 7.12.62 AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG'52 Akkord sowie (zum
Prämienlohn) BAG v. 22.11.63 und v. 18.3.64 AP Nr. 3 und
4 zu § 56 BetrVG'52 Entlohnung.

erstreckt sich nunmehr das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 11 - wie bereits von einer Mindermeinung zu § 56 Abs. 1 lit. g BetrVG'52 befürwortet¹⁴⁷ - auch auf die Geldfaktoren.

Aufgrund dieser gesetzgeberischen Klarstellung geht nunmehr die überwiegende Meinung - ohne weitere Auseinandersetzung mit dem Problem - davon aus, daß sich die Mitbestimmung des Betriebsrates, jedenfalls im Bereich des Leistungslohnes, auch auf die Festlegung der Entgelthöhe bezieht¹⁴⁸. Diejenigen, die nach wie vor beim Leistungslohn für eine Beschränkung der Mitbestimmung auf die Lohnfindung plädieren¹⁴⁹, sind

147 BAG v. 17.10.62 AP Nr. 16 zu § 611 BGB Akkordlohn Bl. 2, LAG Mainz v. 16.4.57 AP Nr. 8 zu § 56 BetrVG'52, BERGER AuR 59/37 ff., FARTHMANN BB 63/786 und RdA 66/254, FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 56 Rdn. 41, HERSCHEL AuR 67/66 und AuR 68/132 ff., RÖDL Diss. S. 92 ff., TÖDTMANN Mitbestimmungsrecht S. 72 f., WEINHEIMER Diss. S. 109.

148 BAG v. 29.3.77 DB 77/1415 (vgl. dazu unten Ziff. 6.3.5), FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 62, FRAUENKRON § 87 Rdn. 41 f., GESTER/ISENHARDT RdA 74/84, GK-WIESE § 87 Rdn. 154 c, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 87 Rdn. 34, HANAU BB 77/353, KLINKHAMMER AuR 77/363, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 44 ff., RUMPFF AuR 72/65, STRIEDER BB 80/420 f. Desweiteren gehen die meisten derjenigen Autoren, die die Erstreckung der Mitbestimmung auf die Geldfaktoren mit Bemerkungen wie "...damit bezieht sich das Mitbestimmungsrecht auch auf materielle Arbeitsbedingungen..." kommentieren, offenbar von einer Mitbestimmung über die Leistungslohnhöhe aus, vgl. ADOBEIT BB 72/53, AUFFARTH AR-Blattei Betriebsverfassung XIV B III 1 c 6. Forts.-Bl., BRECHT § 87 Rdn. 32, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 87 Rdn. 34.

149 LAG Düsseldorf v. 18.11.75 DB 76/1439, LAG Hamm v. 14.5.76 DB 76/1974, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 345, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 241, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 218, LIEB DB 75/1750 f., LÖWISCH ZHR 75/378, ders. Anm. zu BAG v. 29.3.77 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG Leistungslohn S. 29 ff., RICHARDI ZfA 76/30, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 363.

seither in der Minderheit¹⁵⁰.

4.1.2.2 Terminologische Unklarheiten

Die Diskussion der aufgeworfenen Frage wird erheblich durch eine verbreitete Ungenauigkeit in der Terminologie erschwert; Begriffe wie "Geldseite", "Geldsatz" und "Geldfaktor" werden weitgehend synonym verstanden. Aus diesem Grunde erscheint vielen Autoren eine Vertiefung der Frage nach der Bedeutung des klarstellenden Hinweises auf die Geldfaktoren entbehrlich; für sie bedeutet Mitbestimmung über den Geldfaktor eben zwangsläufig Mitbestimmung über die Geldseite insgesamt, unabhängig davon, ob es sich um lohntechnische Angelegenheiten oder um lohnpolitische Entscheidungen handelt¹⁵¹.

4.1.2.3 Lohnpolitische und lohntechnische Seite beim Akkord

Entgegen dieser Betrachtung ist aber auch und gerade beim Leistungslohn eine Differenzierung zwischen Lohnpolitik und Lohnfindung berechtigt, zumal hier die Fragen der Lohn-

¹⁵⁰ Das Problem wird allerdings in den letzten Jahren erheblich differenzierter behandelt als unmittelbar nach Inkrafttreten des BetrVG'72; war es in der Anfangsphase allein die Kommentierung von DIETZ/RICHARDI (a.a.O.), die auch im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG exakt zwischen Lohnhöhe und Lohnfindung differenzierte, so wurde diese Auffassung im Laufe der Zeit zunehmend unterstützt; auch gibt es echte "Umkehrer", vgl. einerseits LÖWISCH DB 73/1747 andererseits LÖWISCH ZHR 75/378.

¹⁵¹ Diese begriffliche Verwirrung bildet auch den Grund für die rhetorische Fragestellung bei Moll (Mitbestimmung beim Entgelt S. 50): "...Was muß ein Gesetzgeber ... noch mehr tun, als den die Lohnhöhe beinhaltenden (!) Faktor der Mitbestimmung zu unterwerfen, um zumindest für die Leistungsentlohnung zum Ausdruck zu bringen, daß die Mitbestimmung für diesen Bereich nicht auf die Gewährleistung der Lohnrichtigkeit beschränkt ist?"

findung naturgemäß vielschichtiger sind als beim Zeitlohn.

Beim Akkord wird die Entscheidung über die Lohnhöhe durch den Akkordrichtsatz ausgedrückt. Dieser wird regelmäßig tariflich festgelegt, andernfalls einzelvertraglich vereinbart. Der Akkordrichtsatz gibt an, welchen Verdienst der Arbeitnehmer bei Normalleistung erhalten soll¹⁵². Der Effektivverdienst des Akkordlöhners muß zu diesem Richtsatz im gleichen Verhältnis stehen, wie seine individuelle Leistung zur Normalleistung. Die Grundlagen der Lohnberechnung sind so festzulegen, daß dieser Proporz gewährleistet ist.

Beim Akkord wird der Berechnungsansatz heute üblicherweise durch Zeitfaktor und Geldfaktor dargestellt (Zeitakkord)¹⁵³. Der Zeitfaktor ist die in Zeiteinheiten aufgelöste Akkordvorgabe und weist aus, wieviel Zeit bei Normalleistung für eine bestimmte Arbeitsaufgabe benötigt wird. Bei der Lohnberechnung wird dem Arbeitnehmer unabhängig vom tatsächlichen Zeitaufwand pro Leistungseinheit eine entsprechende Minutenzahl gutgeschrieben. Der Geldfaktor gibt an, mit welchem Geldbetrag eine vorgegebene Zeiteinheit vergütet wird¹⁵⁴. Er

152 Heute entspricht der Akkordrichtsatz zumeist dem Stundenlohnsatz im Zeitlohn, früher lag er regelmäßig ca. 10 bis 15 % darüber; zu dieser Entwicklung SCHAUB Handbuch S. 283; vgl. auch die unterschiedliche Kommentierung bei FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 60 zwischen der 10. und der 13. Auflage.

153 In der Praxis ist der Zeitakkord die typische Form des Akkordlohnes; für die Unternehmen bietet er den Vorteil, daß die Vorgabezeiten für die Arbeitsvorbereitung nutzbar gemacht werden können, für die Arbeitnehmer hat er gegenüber anderen Akkordarten den Vorzug größerer Transparenz; vgl. hierzu allgemein SCHAUB Handbuch S. 279, auch schon DIETZ in Dietz/Gaul/Hilger J II 7 S. 264 und MEYENSCHEN-JUEN Zeitakkord S. 22 f.

154 Allgemein zu den Berechnungsgrundlagen beim Akkord im Sinne der hier gegebenen Darstellung DIETZ in Dietz/Gaul/Hilger J II S. 262 ff., DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 307 ff.

hat die Funktion, die im Richtsatz ausgedrückte lohnpolitische Entscheidung in die Akkordlohnberechnung einzuführen. Der Geldfaktor beeinflusst somit als Rechnungsposten das konkrete Lohnergebnis, er ist aber nicht identisch mit der Entscheidung über die Lohnhöhe, sondern setzt diese gerade voraus und steht in Abhängigkeit hierzu¹⁵⁵.

Wenn aber die Festsetzung des Geldfaktors nicht gleichbedeutend mit der Regelung der Lohnhöhe ist, so kann auch nicht allein aus dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG auf ein lohnpolitisches Mitbestimmungsrecht geschlossen werden. Die Frage ist vielmehr die, ob das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Rechnungspostens "Geldfaktor" eine mittelbare Mitbestimmung über die Lohnhöhe ("Akkordrichtsatz") bezweckt oder ob die Mitbestimmung bei der Festsetzung der Akkordsätze nur innerhalb des Rahmens einzel- oder kollektivvertraglich vorgegebener Lohnregelungen zu erfolgen hat. Die Antwort hierauf kann nicht allein aus der in § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG enthaltenen Wendung "einschließlich der Geldfaktoren" abgeleitet werden¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Sehr prägnant bereits BERGER AuR 59/38, der unter der Überschrift "Geldfaktor kein Lohn" ausführt: "...Vielmehr ist der Geldfaktor nicht weniger und nicht mehr als ein Mittel, den Zeitakkord zu berechnen; er selbst ist kein Lohn, sondern lediglich ein Rechnungsfaktor für die Berechnung des Zeitakkordlohnes und hat insoweit keine andere Funktion als der Zeitfaktor auch", vgl. auch DIETZ BB 63/471, der zwischen "technischem" und "materiellem" Geldfaktor unterscheidet.

¹⁵⁶ Entgegen MOLL (Mitbestimmung beim Entgelt S. 49 f.) enthält der Gesetzeswortlaut eben keine "eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers" für eine Mitbestimmung über die Lohnhöhe; der vom Gesetz verwendete terminus technicus stützt das dort gewünschte Ergebnis nicht; auch der Hinweis auf Art. 20 Abs. 3 GG kann hier nicht weiterhelfen.

4.1.2.4 Entstehungsgeschichte des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG

Mitunter wird behauptet, der Gesetzgeber habe durch die gegenüber § 56 lit. g BetrVG'52 geänderte Fassung des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG'72 gerade klarstellen wollen, daß sich das Mitbestimmungsrecht auch auf die Höhe des Akkordlohnes bezieht¹⁵⁷. Indes stützt die Entstehungsgeschichte des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG diese These nicht.

Tatsache ist, daß sich der Gesetzgeber des BetrVG'72 erklärtermaßen der früheren Mindermeinung, welche sich für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Festsetzung der Geldfaktoren aussprach, anschließen wollte¹⁵⁸. Allerdings plädierte diese Mindermeinung keineswegs geschlossen für eine Mitbestimmung über die Lohnhöhe, sondern die von der früher herrschenden Meinung befürwortete Beschränkung der Mitbestimmung auf die Festsetzung des Zeitfaktors wurde mit unterschiedlichen Argumenten angegriffen. Während die einen den Meinungsstreit dazu benutzten, ihre generellen Vorbehalte gegen die Unterscheidung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen zu wiederholen¹⁵⁹, wiesen andere auf den engen Zusammenhang und die gegenseitige Wechselwirkung zwischen Zeitfaktor und Geldfaktor hin¹⁶⁰. Zum Teil wurde ausdrücklich klargestellt, daß die Mitbestimmung bei der Festsetzung der Akkordsätze durch Einbeziehung des Geldfaktors keine lohnpolitische Bedeutung erlange und daß Mitbestimmung beim Geldfaktor nicht gleichbedeutend sei mit

157 So beispielsweise MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 49 ff., STRIEDER BB 80/420.

158 Zur gesetzgeberischen Intention vgl. BT-Drucks. VI/1786 S. 49.

159 So z.B. FARTHMAN RdA 66/249 ff., HERSCHEL AuR 68/129 ff.

160 Sehr deutlich BERGER AuR 59/38 f., vgl. dazu auch FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 56 Rdn. 43.

einer Mitbestimmung über die Lohnhöhe¹⁶¹.

Ausweislich der Äußerung im schriftlichen Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales hielt man es für unbedingt erforderlich, im Rahmen der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes die Festlegung der Geldfaktoren in die Mitbestimmung einzubeziehen, weil "die normativen Regelungen des Tarifvertrages beim Akkord häufig noch einen kollektiv auszugestaltenden Raum" beließen¹⁶². Dabei hatte man offenbar den Fall im Auge, daß - wie in der Praxis üblich - der Akkordrichtsatz tariflich geregelt ist. Damit steht allein das Lohnergebnis (als ausmultipliziertes Produkt von Zeit- und Geldfaktor) fest; die Bestimmung der einzelnen Faktoren folgt dagegen nicht unmittelbar aus dem tariflichen Akkordrichtsatz und liegt somit regelmäßig "im tariffreien Raum"¹⁶³. Daher verbleibt im Rahmen tariflicher Akkordregelungen in der Tat typischerweise ein kollektiv auszugestaltender Raum, innerhalb dessen die Mitbestimmung des Betriebsrates zum Tragen kommt. Von diesem "Normalfall" ging der Gesetzgeber bei der Novellierung aus; die Frage, ob etwa bei Fehlen tariflicher Akkordrichtsatzklauseln die Festlegung der Lohnhöhe selbst

161 BERGER AuR 59/40 ("Die Mitbestimmung hinsichtlich des Geldfaktors beinhaltet jedenfalls im Grundsatz keine betriebliche Lohnpolitik"), RÖDL Diss. S. 110 ("Lohnpolitische Bedeutung erlangt dieser Vorgang in keinem Falle"), WEINHEIMER Diss. S. 109 ("Die Gefahr einer Einflußnahme auf die Lohnhöhe besteht nicht").

162 Zu BT-Drucks. VI/2729 S. 4.

163 BAG v. 24.7.58 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Akkordlohn, AUFFARTH AR-Blattei Betriebsverfassung XIV B III 11 c 6. Forts.-Bl., FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 62; zu dieser zutreffenden Betrachtung von Fitting/Auffarth/Kaiser paßt überhaupt nicht der nunmehr in der 13. Auflage erstmalig eingeführte Passus: "Daher (?) besteht hier ein Mitbestimmungsrecht, und zwar auch hinsichtlich der Lohnhöhe. Die Aushandlung des Leistungslohnes mit dem Arbeitgeber soll nicht dem einzelnen ArbN überlassen sein, sondern kollektiv durch BV erfolgen, sofern kein TV eingreift."

der Mitbestimmung unterliegen soll, war im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens überhaupt nicht Diskussionsgegenstand.

4.1.2.5 Leistungslohnspezifische Besonderheiten

Die überwiegend vertretene Auffassung, wonach die Festlegung der Leistungslohnhöhe der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG unterfällt, läßt sich nach dem oben Gesagten weder durch den Gesetzeswortlaut noch durch die Entstehungsgeschichte zweifelsfrei belegen. Andererseits würde ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht über den Richtsatz beim Leistungslohn in vollem Umfang den bereits geschilderten generellen Bedenken gegen eine Mitbestimmung in lohnpolitischen Angelegenheiten begegnen¹⁶⁴.

Wer gleichwohl im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht über den Richtsatz behauptet, muß also nachweisen, daß Besonderheiten des Leistungslohnes in diesem Bereich eine Erstreckung des Mitbestimmungsrechts auf die Lohnhöhe notwendig machen. Bejaht man, ohne diesen Nachweis zu führen, ein Mitbestimmungsrecht über die Leistungslohnhöhe, während beim Zeitlohn ein Mitbestimmungsrecht über den Stundenlohnsatz eindeutig nicht besteht, so interpretiert man eine sachlich nicht gerechtfertigte und somit willkürliche Differenzierung zwischen Zeitlohn und Leistungslohn in das Gesetz hinein¹⁶⁵.

164 Siehe oben Ziff. 4.1.1.2 S. 46 ff.

165 Zum teleologischen Zusammenhang zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 11 BetrVG'72 im hier vertretenen Sinne GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 242, LIEB DB 75/1751, LÖWISCH ZHR 75/379; systematisch unrichtig ist dagegen der umgekehrte Schluß von Nr. 11 auf Nr. 10, vgl. dazu oben FN 118 und 122 sowie den dazugehörenden Text.

4.1.2.5.1 Physische Belastungen

Bei den Besonderheiten des Leistungslohnes denkt man zunächst an den im Vergleich zum Zeitlohn erheblich größeren Leistungsdruck und die höheren Belastungen für die Arbeitnehmer. Dem entsprechend wird auch teilweise versucht, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Festlegung der Leistungsätze aus diesem Gesichtspunkt abzuleiten. Hierzu heißt es, angesichts der Gefahr, daß der Leistungslöhner unter dem Anreiz eines höheren Verdienstes Raubbau an eigenen Kräften betreibe, sei es verständlich, wenn das Gesetz beim Leistungslohn die Mitbestimmung auf die Entgelthöhe erstrecke, um hier eine angemessene Vergütung sicherzustellen¹⁶⁶.

Der Hinweis auf die mit dem Leistungslohn verbundenen Belastungen ist jedoch gänzlich ungeeignet, ein Mitbestimmungsrecht über die Lohnhöhe zu rechtfertigen. Durch eine höhere Vergütung können der Lohnanreiz und damit auch die Überanstrengungsgefahr allenfalls vergrößert werden. Wirksamer Schutz hiervoor kann nur durch Festlegung einer Höchstverdienstgrenze oder einer degressiven Vergütungskurve erreicht werden¹⁶⁷.

4.1.2.5.2 Bestimmung der Leistungsnorm

Daher liegt es näher, den legislatorischen Grund für die Sonderregelung bei leistungsbezogenen Entgelten in den lohn-technischen Besonderheiten dieser Entlohnungsarten zu sehen.

¹⁶⁶ Diesen Gesichtspunkt betonen insbesondere BAG v. 29.3.77 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Provision Bl. 4, BAG v. 10.7.79 DB 79/2498, GK-WIESE § 87 Rdn. 145 a, d, ursprünglich auch LÖWISCH DB 73/1747 (aufgegeben ZHR 75/378).

¹⁶⁷ Vgl. dazu auch DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 320.

Anders als beim Zeitlohn, bei dem das Lohnergebnis bei arbeitsbezogener Anwesenheit mit bloßem Zeitablauf feststeht, müssen beim Leistungslohn die Lohnberechnungsgrundlagen im einzelnen festgelegt werden. Besondere Bedeutung kommt hierbei der Bestimmung der Leistungsnorm zu, die beim Leistungslohn den Maßstab für die Umrechnung der individuellen Leistung in Arbeitsverdienst bildet.

Beim Akkord, der Grundform leistungsabhängiger Entlohnung, bestimmt sich das Lohnergebnis nach der Arbeitsmenge. Basis für die Lohnberechnung ist die Akkordvorgabe bestehend aus einer Bezugsgröße und einem Wertfaktor. Beim Zeitakkord wird dieser Wertfaktor in Zeiteinheiten ausgedrückt. Zwischen Zeitakkord und Geldakkord besteht jedoch kein wesensmäßiger Unterschied. Auch dem Geldakkord liegt regelmäßig eine Vorstellung über die "normalerweise" erforderliche Zeit zugrunde. Nur wird diese Zeitkomponente beim Zeitakkord ins Bewußtsein gehoben und im Akkordansatz verankert¹⁶⁸.

Maßstab für die Zeitvorgabe ist die Normalleistung. Es gilt also den Zeitaufwand zu ermitteln, den ein ausreichend geeigneter und geübter Arbeiter zur Erledigung einer Arbeitsaufgabe bei normaler Intensität und Wirksamkeit benötigt¹⁶⁹. Das kann ausgehend von Erfahrungswerten im Wege grober Schätzung oder pauschaler Festlegung geschehen (Schätzakkord, Meisterakkord), erfolgt aber in der Praxis regelmäßig auf der Grundlage arbeitswissenschaftlicher Methoden.

168 DIETZ in Dietz/Gaul/Hilger J II S. 263, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 312, GK-WIESE § 87 Rdn. 150, MEYENSCHEN-JUEN Zeitakkord S. 20.

169 Auf die Darstellung von Einzelheiten zu arbeitswissenschaftlichen Zeitermittlungsverfahren soll hier verzichtet werden; die Begriffsbestimmungen werden aus Gründen der Verständlichkeit in vereinfachter Form wiedergegeben; einen Gesamtüberblick über diesen Themenkomplex gibt SCHAUB (Handbuch § 64 S. 279 ff.), hinsichtlich der Einzelheiten kann auf die dort zitierte Literatur verwiesen werden.

Von der Vorgabezeit hängt es ab, ob der Akkordansatz systemgerecht ist; sie ist bestimmend für das Lohnergebnis. Die Gefahr einer unrichtigen Entlohnung auf Grund falsch ermittelter Vorgabezeiten bildete den Grund für vielfaches Mißtrauen, das dem Akkord in der Vergangenheit entgegengebracht wurde. Gefürchtet war insbesondere die sog. Akkordschere, d.h. die ständige Anpassung der Vorgabezeit an die (bei übernormaler Arbeitsintensität erzielte) Durchschnittsleistung¹⁷⁰.

4.1.2.6 Leistungsgerechte Entlohnung als legislatorischer Grundgedanke der Mitbestimmung beim Leistungslohn

Die Problematik der Bestimmung der Normalleistung und die daraus resultierende Gefahr falscher Lohnberechnungsgrundlagen bilden den historischen Grund für die Mitbestimmung bei der Festlegung der Akkordsätze¹⁷¹.

Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, eine leistungsgerechte Entlohnung der im Leistungslohn Arbeitenden zu gewährleisten¹⁷². Seiner Leistung entsprechend wird der Leistungslöhner dann entlohnt, wenn sich sein Effektivverdienst zum (individualvertraglich oder tariflich festgelegten) Richtsatz so verhält, wie seine individuelle Leistung zur Normalleistung. Voraussetzung für eine leistungsgerechte Entlohnung ist die zutreffende Festlegung des Berechnungsansatzes. Gemeinsames Ziel von Arbeitgeber und Betriebsrat muß es sein, die Akkordvorgabe richtig festzulegen. Durch die gleichberechtigte Mitverantwortung des Betriebsrates soll die Wahrscheinlichkeit zutreffender Ergebnisse erhöht werden¹⁷³.

170 Vgl. dazu auch DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 339.

171 Insoweit Übereinstimmend auch MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 49.

172 So mit deutlicher Begründung DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 306, auch schon DIETZ in Dietz/Gaul/Hilger J II 6 S. 263.

173 Übereinstimmend FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 61.

Mitbestimmung kann hier nicht Ausübung eines Regelungsermessens bedeuten, da an sich nur ein Ergebnis richtig sein kann. Andererseits beruhen sämtliche Verfahren zur Vorgabezeitermittlung letztlich auf Schätzungs- und Bewertungsvorgängen, die einen Beurteilungsspielraum eröffnen¹⁷⁴. Dabei muß gewährleistet sein, daß die Richtigkeitsvorstellungen der Arbeitnehmer gleichberechtigte Berücksichtigung finden. Dem dient das Mitbestimmungsrecht in Form einer Mitbeurteilung durch den Betriebsrat¹⁷⁵.

Aus diesem Grunde ist auch bei Anwendung arbeitswissenschaftlicher Systeme zur Vorgabezeitermittlung ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht entbehrlich¹⁷⁶. Allerdings ist hierbei der vom System vorgegebene Rahmen zu beachten. Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG darf nicht dazu führen, daß ein nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vereinbartes System wieder in Frage gestellt wird¹⁷⁷.

Für eine abschließende Auseinandersetzung mit der vieldiskutierten Frage, ob bei Anwendung arbeitswissenschaftlicher

174 Allgemeine Meinung, z.B. DIETZ in Dietz/Gaul/Hilger J II 7 S. 265, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 61, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 238, HERSCHEL AuR 67/68 f. und AuR 62/352, MAUS § 56 Anm. 47 b, KOLLMAR Diss. S. 55, NEUMANN-DUESBERG S. 496; MOLL (Mitbestimmung beim Entgelt S. 39) weist darauf hin, daß das nicht nur für das REFA-Verfahren, sondern beispielsweise auch für das MTM-Verfahren gilt.

175 Zur Mitbestimmung in Form der Mitbeurteilung SÖLLNER Festschrift 25 Jahre BAG S. 612 ("...bei dem Geldfaktor kommt es darauf an, daß er dem im Tarifvertrag vorgegebenen Akkordrichtsatz entspricht").

176 Übereinstimmend BRECHT § 87 Rdn. 33, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 350, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 61, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 238, GK-WIESE § 87 Rdn. 154 a, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 29 ff.; ebenso zu § 56 Abs. 1 lit. g BetrVG'52 BAG v. 1.2.57 AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG'52 Bl. 4 RS, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1384 m.w.N.

177 Vgl. DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 349, GK-WIESE § 87 Rdn. 154 a.

Systeme ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung der einzelnen Vorgabezeit besteht oder ob sich die Mitbestimmung auf den Erlaß einer Verfahrens- oder Vollzugsordnung beschränkt¹⁷⁸, ist im Rahmen der hier gestellten Thematik kein Raum; allerdings scheint es sich dabei auch weniger um ein rechtliches Problem, als vielmehr um die Frage der zweckmäßigsten Verwirklichung des Mitbestimmungsrechts zu handeln¹⁷⁹.

4.1.2.7 Austauschbarkeit der Faktoren

Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß die Gefahr eines unrichtigen Lohnergebnisses auf Grund fehlerhaften Akkordansatzes primär von der Zeitseite des Akkordes ausgeht¹⁸⁰. Diese Tatsache hat die herrschende Meinung zum BetrVG'52 zu dem Fehlschluß verleitet, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates beziehe sich nur auf die Festlegung des Zeitfaktors und nicht auf den Geldfaktor¹⁸¹.

Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich bereits aus dem mathematisch-logischen Verhältnis von Zeitfaktor und Geldfaktor. Die Faktoren eines Produkts stehen zueinander in reziprokem Verhältnis und sind damit in ihren Funktionen gegeneinander austauschbar¹⁸². Bei der Austauschbarkeit der

178 Die These vom reinen Normenvollzug wird in der ursprünglichen Form (vgl. VIELHABER BB 53/358) nicht mehr vertreten; sehr restriktiv aber noch KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 224, STADLER BB 72/804, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 193.

179 In diesem Sinne auch DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 333.

180 BUCHNER Die AG 71/193, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 338 ff., KOLLMAR Diss. S. 100 f., MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 48.

181 S.o. FN 146.

182 Zu diesen Gesichtspunkten LAG Hamm v. 14.5.76 DB 76/1973, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 343, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 241, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 227, KÜCHENHOFF § 87 Anm. 20; zum BetrVG'52: BERGER AuR 59/39, WEINHEIMER Diss. S. 109.

Faktoren im Berechnungsansatz des Akkordlohnes handelt es sich nicht bloß um ein theoretisches Denkspiel, vielmehr kennt die Praxis durchaus Fälle, in denen unrichtige Zeiten durch eine entsprechende Änderung der Geldfaktoren kompensiert oder Lohnerhöhungen durch Veränderung der Zeitvorgaben weitergegeben werden¹⁸³. Bei diesen Sachverhaltsgestaltungen macht die Einbuße an Transparenz ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates hinsichtlich des Geldfaktors um so dringender erforderlich. Zwar ist der Akkordansatz in diesen sog. "Manipulationsfällen" systemwidrig, die Richtigkeit des Lohnergebnisses ist jedoch gleichwohl gewährleistet, wenn durch entsprechende Veränderungen des Geldfaktors die mathematische Korrektheit des Berechnungsansatzes hergestellt wird¹⁸⁴.

Das Beispiel zeigt, daß es sinnlos wäre, einen Faktor der Mitbestimmung zu unterwerfen, wenn sich das Mitbestimmungsrecht nicht gleichzeitig auch auf den anderen Faktor bezieht. Die Frage, ob die Entlohnung leistungsgerecht ist, hängt gleichermaßen von beiden Faktoren ab. Um eine leistungsgerechte Entlohnung zu gewährleisten, ist es erforderlich, beide Faktoren derart aufeinander abzustimmen, daß ihr Produkt dem Richtsatz entspricht. Daß dieses unter gleichberechtigter Beteiligung des Betriebsrates erfolgt, ist Sinn und Zweck der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG¹⁸⁵.

183 Zu den Gründen für derartige "Akkordmanipulationen" DIETZ in Dietz/Gaul/Hilger J II 18 S. 268; zu deren Zulässigkeit außerdem BAG v. 18.11.54 AP Nr. 1 zu § 611 BGB Akkordlohn, HUECK/NIPPERDEY I S. 318, KOLLMAR Diss. S. 35, MEYENSCHEN-JUEN Zeitakkord S. 51 ff.

184 Diesen Unterschied zwischen Systemgerechtigkeit des Akkordansatzes und mathematischer Richtigkeit des Berechnungsansatzes erkennt MOLL, Mitbestimmung beim Entgelt S. 48 ("Ein Akkord wird nicht dadurch richtig, daß der Geldfaktor falsche Zeiten kompensiert").

185 Im Ergebnis übereinstimmend insbesondere DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 343 f.

Durch die ausdrückliche Hervorhebung der Geldfaktoren wird letztlich also nur etwas Selbstverständliches ausgedrückt, denn das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Geldfaktors ist notwendiger Bestandteil der Mitbestimmung über den Berechnungsansatz. Angesichts der entgegengesetzten herrschenden Meinung zum BetrVG'52 mußte es dem Gesetzgeber aber angezeigt erscheinen, im Zuge der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahre 1972 einen klarstellenden Hinweis in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen.

4.1.2.8 Einheitlicher Normzweck

Die Einbeziehung des Geldfaktors ist somit logische Konsequenz der Anerkennung eines Mitbestimmungsrechts überhaupt. Hierdurch wird entsprechend der Absichtserklärung in der Begründung zum Regierungsentwurf¹⁸⁶ ein umfassendes Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Berechnungsgrundlagen des Leistungslohnes abgesichert. Einheitlicher Zweck des Mitbestimmungstatbestandes ist es, eine leistungsgerechte Entlohnung zu gewährleisten. Dagegen finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß durch die Mitbestimmung über die Geldfaktoren ein eigenständiger weitergehender Normzweck verfolgt wird. Der Gesetzgeber wollte durch die Klarstellung das bestehende Mitbestimmungsrecht ergänzen, nicht aber einen völlig neuen Mitbestimmungstatbestand schaffen.

Die Einheitlichkeit des Normzwecks wird von denjenigen verkannt, die einwenden, diese Auslegung werde der gesetzgeberischen Intention nicht gerecht, da sie dem Betriebsrat nur

186 Vgl. BT-Drucks. VI/1786 S. 49 ("...Ferner wird ... klar gestellt, daß sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auf die Festlegung aller Bezugsgrößen erstreckt, die für die Ermittlung und Berechnung der leistungsbezogenen Entgelte von Bedeutung sind").

in Ausnahmefällen ein Mitbestimmungsrecht über den Geldfaktor einräume¹⁸⁷. Zwar trifft es zu, daß im Zeitakkord bei systemgerecht unter Beteiligung des Betriebsrates bestimmten Vorgabezeiten kein eigenständiger Regelungsspielraum für die Festlegung des Geldfaktors besteht, da dieser dann notwendigerweise 1/60 des (einzel- oder tarifvertraglichen) Akkordrichtsatzes betragen muß. Andererseits besteht in diesen Fällen aber auch kein Bedürfnis für weitergehende Mitbestimmungsrechte, da die Richtigkeit der Lohnberechnung sichergestellt und damit der Mitbestimmungszweck erledigt ist¹⁸⁸. Im übrigen ist es nicht ungewöhnlich und entspricht der ständigen Rechtsprechung zu anderen Mitbestimmungstatbeständen, daß bei Angelegenheiten im Grenzbereich zur Lohnpolitik die der Mitbestimmung unterworfenen Regelungsgegenstände eng begrenzt sind¹⁸⁹.

Außerdem steht nur beim systemgerechten Zeitakkord der Geldfaktor in einem festen Proporz zum Akkordrichtsatz. Beim Geldakkord beispielsweise, bei dem Zeit- und Geldfaktor nicht getrennt ausgewiesen sind, folgt die Höhe des Geldsatzes nicht unmittelbar aus dem Richtsatz¹⁹⁰. Wiederum anders ist die Situation beim Prämienlohn; dort kann die Vergütungskurve (anders als beim Akkord in seiner üblichen Erscheinungsform)

187 So aber MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 49; wohl auch GESTER/ISENHARDT RdA 74/84.

188 Die Frage von GESTER/ISENHARDT (RdA 74/84), wie der Betriebsrat bei dieser Auslegung im Falle richtig ermittelter Vorgabezeiten und einen Geldfaktor, der den 60. Teil des Richtsatzes ausmacht, seine gesetzlich vorgesehene Schutzfunktion wahrnehmen solle, führt sich daher selbst ad absurdum.

189 Man denke beispielsweise an die Rechtsprechung zur Mietpreisbildung bei Werkmietwohnungen und zur Leistungsplanung bei der betrieblichen Altersversorgung (dazu unten Ziff. 6.3.1 und 6.3.2).

190 Zu Inhalt und Umfang des Mitbestimmungsrechts beim Geldakkord vgl. DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 344, HILGER BB 69/452.

je nach Festlegung der Prämienleistungsnorm progressiv oder degressiv verlaufen. Es bedarf hierbei der Mitbestimmung über den Geldfaktor um sicherzustellen, daß der Vergütungskurve keine der Prämienleistungsnorm widersprechende Gewichtung gegeben wird¹⁹¹. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die tatbestandliche Weite des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ("vergleichbare leistungsbezogene Entgelte"), die eine Vielzahl unterschiedlicher Sachverhaltsgestaltungen abdeckt. In allen Fällen bedarf es der Einbeziehung der Geldfaktoren, um eine umfassende Mitbestimmung über die Berechnungsgrundlagen des Leistungslohnes zu gewährleisten.

4.1.2.9 Keine Mitbestimmung über den Richtsatz beim Leistungslohn

Die vorstehenden Überlegungen machen deutlich, daß eine Mitbestimmung über die lohnpolitische Entscheidung hinsichtlich der Lohnhöhe vom Normzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG nicht gedeckt ist. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich vielmehr auch beim Leistungslohn allein auf die Lohnfindung. Die Einbeziehung der Geldfaktoren unter das Mitbestimmungsrecht ist zur Erreichung des Normzwecks erforderlich, soweit sie den Geldfaktor als Posten der Lohnberechnung betrifft; dagegen ist eine mittelbare Mitbestimmung über den Richtsatz vom Gesetzeszweck nicht abgedeckt¹⁹². Ebensowenig wie beim

191 Dazu DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 346.

192 Zur Klarstellung sei nochmals darauf hingewiesen, daß der Ausschluß der Lohnpolitik sich nach der vorgenommenen Auslegung allein aus der tatbestandlichen Abgrenzung des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ergibt und nicht davon abhängig ist, ob im konkreten Fall eine Tarifregelung besteht bzw. eine Tarifüblichkeit sich eingestellt hat (vgl. zu dieser grundlegenden Unterscheidung bereits GALPERIN/SIEBERT § 56 Rdn. 82 und HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1383 FN 30 a); da die Akkordlöhne üblicherweise tariflich geregelt werden, ergeben sich aber im Normalfall keine praktischen Unterschiede zwischen dieser und der gegenteiligen Auffassung; der Meinungsstreit wird vielmehr erst bei solchen leistungsbezogenen Entgelten, die häufig nicht tariflich geregelt werden, relevant (vgl. dazu auch RICHARDI ZfA 76/29), z.B. bei der Regelung von Abschlußprovisionen (dazu unten Ziff. 6.3.5).

Zeitlohn kann der Betriebsrat beim Leistungslohn eine Lohn-
erhöhung im Wege der Mitbestimmung erzwingen¹⁹³.

4.1.2.10 Keine Beschränkung auf formelle Arbeitsbedingungen

Zu Unrecht wird mitunter behauptet, durch den Ausschluß lohn-
politischer Angelegenheiten werde die überholte Unterschei-
dung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen
in neuem Gewande fortgesetzt¹⁹⁴. Unter Zugrundelegung der
hier vorgenommenen Abgrenzung hat die Mitbestimmung eindeutig
materielle Qualität¹⁹⁵. Die Festsetzung der Lohnberechnungs-
faktoren hat wesentliche Bedeutung für das Lohnergebnis und
berührt daher die materiellen Interessen der Arbeitnehmer¹⁹⁶.

Bei der Festlegung der Akkord- und Prämiensätze nimmt der

193 Ebensovienig kann ein Mitbestimmungsrecht über die Lohn-
höhe insoweit anerkannt werden, als es darum geht, für
den Leistungslohn "angemessene Zuschläge" gegenüber "ver-
gleichbaren Zeitlöhnen" festzulegen (so aber HANAU BB
72/499 und RdA 73/281 ff., LÖWISCH DB 73/1747); zum einen
sind nicht notwendigerweise stets "vergleichbare Zeit-
löhne" vorhanden, zum anderen besteht auch bei der Fest-
legung "angemessener Zusatzvergütungen" ein nicht uner-
heblicher lohnpolitischer Spielraum, weshalb die generel-
len Bedenken gegen ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht
in lohnpolitischen Angelegenheiten auch hier voll zum
Tragen kommen; so auch LÖWISCH ZHR 75/378 f. unter Aufgabe
seiner früheren Auffassung.

194 So HERSCHEL BABl. 74/134, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt
S. 50.

195 Ebenso RICHARDI ZfA 76/26 f.

196 Das gleiche gilt übrigens auch für den Zeitfaktor; inso-
weit erscheint es durchaus gerechtfertigt, übereinstim-
mend mit STADLER BB 63/827 und BB 65/1459 entgegen der
h.M. auch die Festlegung des Zeitfaktors als materielle
Angelegenheit anzusehen (vgl. dazu auch HILGER BB 69/448 f.,
die die "lohntechnischen Angelegenheiten" als eigenstän-
dige Fallgruppe zwischen materiellen und formellen Ar-
beitsbedingungen betrachtet).

Betriebsrat eine materielle Schutzfunktion zugunsten der im Leistungslohn Arbeitenden wahr. Diese ist jedoch nicht identisch mit der sozialpolitischen Schutzfunktion der Gewerkschaften¹⁹⁷. Während jene bei Lohnverhandlungen die aus der wirtschaftlichen Situation der Arbeitnehmer resultierende Unterlegenheit zu kompensieren haben, hat der Betriebsrat bei der Mitbestimmung im Leistungslohnbereich darüber zu wachen, daß der Leistungslöhner tatsächlich das erhält, was ihm auf Grund seiner Leistung zusteht¹⁹⁸. Will man die Begriffe "formell" und "materiell" nicht gänzlich ihrer ursprünglichen Bedeutung entkleiden, so muß man auch diese Vorgänge als materielle Angelegenheiten ansehen, wenngleich es sich dabei um keine lohnpolitischen Aktivitäten handelt.

Ein Fehlschluß wäre es jedenfalls, wollte man in allen Fällen, in denen früher auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen argumentiert wurde, nunmehr auf jegliche Abgrenzungskriterien verzichten. Vielmehr gilt es, andere gesetzliche Wertungen offenzulegen, anhand derer eine sachgerechte Abgrenzung der Mitbestimmungstatbestände möglich ist.

4.1.3 Tatbestandlicher Vergleich zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 und § 77 Abs. 3 BetrVG

Eine vergleichende Betrachtung der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG einerseits sowie der Sperrklausel des § 77 Abs. 3 BetrVG andererseits zeigt, daß

197 Allein mit dem Hinweis auf die Schutzfunktion der Mitbestimmung (vgl. GESTER/ISENHARDT RdA 74/84, STRIEDER BB 80/421) ist daher nichts gewonnen; um Rückschlüsse auf die Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ziehen zu können, bedarf es vielmehr einer Analyse der Zielrichtung dieser Schutzfunktion.

198 So schon DIETZ BB 60/372.

unter Zugrundelegung der hier vorgenommenen Interpretation ein Überschneidungsraum beider Vorschriften nicht besteht. Das leuchtet hinsichtlich der Regelungen über die Lohnhöhe ohne weiteres ein, da diese zwar unter § 77 Abs. 3 BetrVG fallen, nicht aber der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 BetrVG unterliegen. Fraglich könnte allenfalls sein, ob die nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Fragen der Lohnfindung auch von § 77 Abs. 3 BetrVG erfaßt werden. Das wird z.T. bejaht, ist aber auf Grund der hier aus dem Gesetzeszweck abgeleiteten Beschränkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auf lohnpolitische Angelegenheiten zu verneinen¹⁹⁹.

Lohntechnische Fragen können zwar durchaus in concreto die Höhe des Lohnergebnisses beeinflussen, sie setzen jedoch keine den Lohnabschlüssen vergleichbaren gesamtwirtschaftlich relevanten Daten. Denn hierdurch wird nicht das Lohnniveau als solches geregelt, sondern vorwiegend Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt relativer Lohngerechtigkeit getroffen. Tarifregelungen über derartige Angelegenheiten fallen - trotz ihres materiellen Charakters - entsprechend dem festgestellten

199 An dieser Stelle weicht die hier vertretene Auffassung von der im Ausgangspunkt übereinstimmenden Meinung RICHARDI's ab. Richardi (Dietz/Richardi § 87 Rdn. 357) hält trotz gleicher Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG eine Überschneidung zwischen diesem Mitbestimmungstatbestand und § 77 Abs. 3 BetrVG für möglich, da er zum einen den Anwendungsbereich der Sperrklausel weiter faßt und andererseits auch den lohntechnischen Fragen eine gewisse lohnpolitische Bedeutung beimißt (vgl. dazu auch ZfA 76/24 f.). Durch diese Schlußfolgerung wird jedoch die Eindeutigkeit der Aussage wieder in Frage gestellt; zu Abgrenzungsfragen zwischen lohnpolitischen und lohntechnischen Angelegenheiten s.u. Ziff. 7. Wie Richardi auch LAG Berlin v. 15.6.77 DB 78/116 und HANAU BB 77/350; auch dort werden neben lohnpolitischen Fragen "methodische Elemente der Entgeltsregelung" unter § 77 Abs. 3 BetrVG subsumiert.

Normzweck nicht unter § 77 Abs. 3 BetrVG²⁰⁰. Sie schließen zwar bei konkreter Geltung im Betrieb gem. § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht aus, vermögen aber keine Sperrwirkung für günstigere, freiwillige betriebliche Regelungen und gegenüber nicht tarifgebundenen Betrieben nach § 77 Abs. 3 BetrVG zu erzeugen.

Ein Blick auf die so gewonnenen Ergebnisse bestätigt die Plausibilität der hier vorgenommenen Abgrenzung. Bei Regelungen hinsichtlich der Lohnhöhe ist ein weitreichender Tarifvorrang auf Grund makroökonomischer Belange gerechtfertigt. Dagegen ließe es sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen, warum Tarifregelungen in lohntechnischen Fragen (etwa über bestimmte Verfahren zur Vorgabezeitermittlung) Mitbestimmungsrecht und Mitbestimmungsmöglichkeit auch in solchen Betrieben, in denen der Tarifvertrag keine Anwendung findet, ausschließen sollten.

4.2 Mitbestimmung bei vorübergehender Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG)

4.2.1 Mitbestimmung über die Arbeitszeitdauer

Während im Entgeltbereich nach obigen Feststellungen entgegen verbreiteter Meinung ein Mitbestimmungsrecht über den Leistungsumfang nicht besteht, werden durch den im Wortlaut eindeutigen § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG - jedenfalls partiell - Fragen der Arbeitszeitdauer der Mitbestimmung des Betriebs-

²⁰⁰ Hier zeigen sich die praktischen Auswirkungen der unterschiedlichen Weite des Begriffs "Lohnpolitik" nach hiesigem Verständnis und den "materiellen Arbeitsbedingungen" nach überkommener Terminologie; vgl. dazu auch oben FN 103 und den dazugehörigen Text.

rates unterstellt. Daher gilt auch dieser Fall gemeinhin als typisches Beispiel für eine Überschneidung der Tatbestände des § 87 Abs. 1 und des § 77 Abs. 3 BetrVG²⁰¹. Jedoch wird das Thema häufig nur pauschal und schlagwortartig behandelt²⁰². Eine eingehende Erörterung setzt einerseits eine genaue Analyse des Umfangs des Mitbestimmungsrechts und andererseits eine Berücksichtigung der faktischen Grenzen der Regelungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien voraus.

4.2.2 Gegenstand der Mitbestimmung

Unter Geltung des BetrVG'52 war umstritten, ob sich das Mitbestimmungsrecht nach § 56 Abs. 1 lit. a BetrVG'52 auch auf die Dauer der Arbeitszeit bezog²⁰³. In Ansehung dieses Meinungsstreits hat der Gesetzgeber des BetrVG'72 durch § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in zweifacher Hinsicht Klarstel-

201 Vgl. oben S. 43.

202 Z.B. GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 117 ("Da es sich bei der Dauer der Arbeitszeit um eine materielle Arbeitsbedingung handelt, werden Betriebsvereinbarungen schon ausgeschlossen, wenn tarifvertragliche Regelungen nur üblich sind.").

203 Die damals herrschende Meinung verneinte ein Mitbestimmungsrecht über die Arbeitszeitdauer unter Berufung auf die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen; so BAG v. 8.10.59 AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG'52 LS 5, BAG v. 15.12.61 AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG'52 Arbeitszeit LS 1, BAG v. 15.12.61 AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG'52 Arbeitszeit LS 4, BORGIS BB 59/743 und BB 60/48, DIETZ § 56 Rdn. 86, ERDMANN § 56 Anm. 10, FAUTH BB 62/374, GALPERIN/SIEBERT § 56 Rdn. 28 ff., HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1361 f., MAUS § 56 Anm. 29 b, MONJAU DB 65/703, NIKISCH Arbeitsrecht III S. 392 f. Die Gegenmeinung sprach sich (teils generell, teils nur bei Kurzarbeit und Überstunden) für ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeitdauer aus; so z.B. BAUM AuR 62/272 ff., BÜHRIG BB 56/964, FARTHMAN Rda 66/255, FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 56 Rdn. 16, TÖDTMANN Mitbestimmungsrecht S. 35.

lungen²⁰⁴ getroffen. Zum einen steht fest, daß insoweit, als es sich um vorübergehende Arbeitszeitverkürzungen oder -verlängerungen handelt, auch die Arbeitszeitdauer der Mitbestimmung unterliegt, zum anderen kann aus der gesetzlichen Regelung e contrario gefolgert werden, daß die Dauer der Arbeitszeit im übrigen nicht Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung ist²⁰⁵. So hat der Betriebsrat beispielsweise kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Frage, ob die regelmäßige Wochenarbeitszeit 35, 40 oder 45 Stunden beträgt; die Mitbestimmung bei der Arbeitszeitdauer beschränkt sich auf die Fälle, in denen für einen vorübergehenden Zeitraum von der ansonsten üblichen Arbeitszeit abgewichen werden soll²⁰⁶.

Diese Differenzierung wird - soweit ersichtlich - nicht bestritten. Wohl aber werden mitunter auch Fragen der Vergütung von Kurzarbeit unter den Mitbestimmungstatbestand gefaßt²⁰⁷.

204 Zur Klarstellungsfunktion der in § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG enthaltenen Regelung siehe die Begründung zum RegE BT-Drucks. VI/1786 S. 48; offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, daß die in § 87 geregelten Fälle bereits von § 56 Abs. 1 lit. a erfaßt waren; demgegenüber weisen BUCHNER (Die AG 71/192), RICHARDI (Dietz/Richardi § 87 Rdn. 174) und WIESE (Anm. zu BAG v. 5.3.74 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Kurzarbeit Bl. 5 f.) darauf hin, daß die Neuregelung - gemessen an der früheren Rechtsprechung und h.L. - über eine bloße Klarstellung hinaus ging.

205 DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 174, GK-WIESE § 87 Rdn. 81, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 76; vgl. auch BAG v. 25.10.1977 Eza Nr. 4 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit und BAG v. 21.11.1978 AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG '72 Arbeitszeit.

206 Zu Recht führt das BAG im Beschluß v. 21.11.78 (AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit Bl. 2 RS) aus, der Betriebsrat könne im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 3 lediglich eine "Ausnahmezuständigkeit" beanspruchen, was gegen eine extensive Auslegung der Vorschrift spreche.

207 Für ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der "Entgeltfolgen der Kurzarbeit" RUMPF/DRÜGE Kurzarbeit S. 96, die ihre Auffassung jedoch allein mit allgemeinen Argumenten gegen die Unterscheidung von formellen und materiellen Arbeitsbedingungen zu begründen versuchen; vgl. auch BRECHT § 87 Rdn. 17.

Indes läßt sich die Unrichtigkeit dieser Auffassung bereits allein anhand des Gesetzeswortlauts nachweisen. Durch eine ausgewogene Terminologie trifft das Gesetz eine exakte Unterscheidung zwischen solchen Tatbeständen, in denen dem Betriebsrat ein Mitgestaltungsrecht hinsichtlich eines ganzen Regelungskomplexes eingeräumt ist, und solchen, bei denen der Mitbestimmung nur bestimmte Einzelfragen unterliegen. Im einen Fall finden sich Wendungen wie "Fragen der ..." oder "Grundsätze über..." (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 1, 5, 10 und 12 BetrVG), im anderen werden die Materien, auf die sich das Mitbestimmungsrecht bezieht, konkret benannt (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 2, 4, 6 und 8 BetrVG). Zur letzten Gruppe gehört § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, der nach dem Gesetzeswortlaut zu den engsten Tatbeständen des Mitbestimmungskataloges zu zählen ist. Die Vorschrift spricht nur die die Arbeitszeit betreffende Problematik an; für die Annahme, daß auch die Vergütungsseite von Kurzarbeit und Überzeit mitbestimmungspflichtig ist, fehlt jeglicher Anhaltspunkt im Gesetz²⁰⁸. Mithin bezieht sich die Mitbestimmung ebensowenig auf Arbeitgeberzuschüsse zum Kurzarbeitergeld wie auf Vergütungszuschläge für Überstunden.

Überhaupt kann der Betriebsrat nach dem Gesetzeswortlaut und aufgrund der wegen des Ausnahmecharakters der Norm gebotenen restriktiven Auslegung keine abstrakt generalisierenden Rahmenregelungen über vorübergehende Arbeitszeitverkürzungen oder -verlängerungen erzwingen; sein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bezieht sich vielmehr jeweils nur auf die konkrete Entscheidung über Art, Zeitpunkt und Ausmaß einer vorübergehenden Arbeitszeitveränderung in einer aktuellen Situation.

208 Im Ergebnis wie hier STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 75.

4.2.3 Faktische Grenzen tariflicher Regelungsmacht

Eine vergleichende Betrachtung der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG darf sich nicht mit der Feststellung begnügen, daß nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Teilbereichen auch die Arbeitszeitdauer der Mitbestimmung unterliegt, sondern es muß die Frage gestellt werden, in welchem Umfang bei Kurzarbeit und Überzeit Regelungen durch Tarifvertrag tatsächlich möglich sind. Dabei ist zu differenzieren zwischen der Aufstellung von abstrakt generalisierenden Rahmenregelungen über Kurz- oder Mehrarbeit einerseits und der konkreten Anordnung vorübergehender Arbeitszeitveränderungen andererseits²⁰⁹. Der Unterschied wird verkannt, wenn etwa ausgeführt wird, § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG habe aufgrund regelmäßig vorhandener tariflicher Kurz- oder Mehrarbeitsregelungen kaum praktische Bedeutung^{209a}. Tatsächlich handelt es sich - wegen der nachfolgend darzulegenden faktischen Grenzen tariflicher Regelungsmacht - um einen der in der Betriebspraxis bedeutsamsten Mitbestimmungstatbestände.

209 Richtig v. STEBUT RdA 74/339, auch schon GALPERIN/SIEBERT § 59 Rdn. 7, BAG v. 15.12.61 AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit Bl. 2 RS.

209a So z.B. STEGE/WEINSPACH 3. Auflage S. 294: "§ 87 Abs. 1 Nr. 3 ist allerdings in den meisten Betrieben ohne größere praktische Bedeutung. Tarifverträge enthalten sehr oft Bestimmungen über die Einführung von Kurzarbeit, Feierschichten und Überstunden. Solche tariflichen Regelungen gehen in aller Regel wegen des Tarifvorbehalts ... einer Regelung der Betriebspartner vor" (in abgeschwächter Form auch dieselben in 4. Auflage, § 87 Rdn. 84).

Klauseln über Kurz- und Mehrarbeit²¹⁰ gehören in allen Wirtschaftszweigen zum typischen Inhalt der (Mantel-) Tarifverträge. Zum Teil beschränken sich die Sozialpartner darauf, generalklauselartig die Voraussetzungen zu normieren, unter denen im konkreten Fall - bei Wahrung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats - Kurzarbeit eingeführt werden kann oder Überstunden angeordnet werden dürfen; dabei begegnet man typischerweise Formulierungen wie "erforderlichenfalls", "bei dringenden betrieblichen Bedürfnissen" oder (betreffend Kurzarbeit) "zur Vermeidung drohender Massenentlassungen". Soweit detailliertere Tarifregelungen getroffen werden, enthalten Kurzarbeitsklauseln beispielsweise Bestimmungen über die Ankündigungsfristen für Kurzarbeit sowie Festlegungen über Arbeitgeberzuschüsse zum Kurzarbeitergeld. Tarifnormen über Mehrarbeit regeln üblicherweise die Sätze der zusätzlichen Mehrarbeitsvergütung; häufig werden auch die gesetzlichen Vorschriften über die Höchstgrenzen von Mehrarbeit durch tarifliche Bestimmungen verschärft. Allen Tarifbestimmungen im Rahmen dieses Fragenkomplexes kann aber naturgemäß nur der Charakter ausfüllungsbedürftiger Rahmenregelungen zukommen. So sehr sich die Tarifvertragsparteien auch um Vollständigkeit bemühen mögen, es verbleibt doch zwangsläufig ein auf Betriebsebene kollektiv auszugestaltender Raum, denn die Frage, ob, wann und in welchem Umfang in einer bestimmten Situation Kurzarbeit gefahren werden muß oder Überstunden

210 In der Literatur wird z.T. eine terminologische Unterscheidung zwischen Mehrarbeit (= Überschreitung der regelmäßigen gesetzlichen Arbeitszeit) und Überzeit (= Überschreitung der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit) vorgenommen (vgl. DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 176, GK-WIESE § 87 Rdn. 83, SCHAUB Handbuch S. 1187). Der betrieblichen und tarifvertraglichen Praxis ist diese Unterscheidung weitgehend unbekannt; dort ist regelmäßig nur von "Mehrarbeit" die Rede; wenn hier der Terminus Mehrarbeit verwendet wird, so ist damit nur die Überschreitung der betriebsüblichen Arbeitszeit gemeint; die AZO-Problematik interessiert in diesem Zusammenhang nicht.

erforderlich werden, hängt in so starkem Maße von den betriebs- und unternehmensindividuellen Eigenarten und kaum prognostizierbaren Entwicklungen ab, daß hierüber nicht ex ante durch die überbetrieblichen Sozialpartner entschieden werden kann²¹¹.

Zur Zeit des BetrVG'52 enthielten Tarifverträge mitunter Bestimmungen, die dem Arbeitgeber bei Vorliegen näher definierter Voraussetzungen ein Alleinentscheidungsrecht über die Einführung von Kurzarbeit einräumten. Solche Tarifnormen, die eine schwächere Beteiligungsform des Betriebsrates als das geltende Betriebsverfassungsgesetz vorsehen, sind nach dem heutigen Rechtszustand unwirksam²¹². Die gesetzlichen Vorschriften über die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates sind nicht tarifdispositiv; die Tarifvertragsparteien können nicht, ohne eine eigene Sachregelung zu treffen, betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse des

211 Vgl. zu diesem Aspekt FARTHMAN Rda 74/70, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 27 b, GK-WIESE § 87 Rdn. 80 a, REUTER/STRECKEL Grundfragen S. 33, SIMITIS/WEISS DB 73/1249, v. STEBUT Rda 74/338 ff.

212 Das BAG hat diese Frage nur für tarifliche Kurzarbeitsklauseln aus der Zeit vor Inkrafttreten des BetrVG'72 in diesem Sinne beantwortet und die grundsätzliche Problematik der rechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungsrechte durch tarifliche Zuweisung einseitiger Bestimmungsrechte an den Arbeitgeber offengelassen (vgl. BAG v. 5.3.74 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Kurzarbeit Bl. 4, BAG v. 13.7.77 AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Kurzarbeit Bl. 4); vom Schutzzweck der Mitbestimmung her ist es jedoch eindeutig, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nur durch eine die Sache selbst regelnde Tarifbestimmung ausgeschlossen werden kann; das hat das BAG in anderem Zusammenhang wiederholt bestätigt (vgl. BAG v. 26.9.80 DB 80/1896, BAG v. 13.3.73 DB 73/1458).

Betriebsrates abbedingen²¹³.

Mithin können die Tarifvertragsparteien durch wie auch immer geartete Tarifregelungen die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einführung von Kurz- oder Mehrarbeit in keinem Falle völlig entbehrllich machen^{213a}.

4.2.4 Keine Überschneidung zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Da die allein dem Mitbestimmungsrecht unterliegende Frage über Zeitpunkt, Art und Umfang einer vorübergehenden Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit aus tatsächlichen Gründen nicht durch Tarifvertrag geregelt werden kann, andererseits die bei Kurz- oder Mehrarbeit tariflich regelbaren Sachverhalte (Rahmenregelungen) nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterfallen, besteht auch zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 3 und § 77 Abs. 3 BetrVG ein Ausschließlichkeitsverhältnis. Zwar werden durch tarifliche Rahmenregelungen der Vereinbarungsbefugnis der Betriebs-

213 So AUFFARTH AR-Blattei Betriebsverfassung XIV B II 2, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 94, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 14, GK-WIESE § 87 Rdn. 24, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 87 Rdn. 17, HANAU BB 72/500, KONZEN BB 77/1309, MOLL Tarifvorrang S. 31, PREIS DB 73/474, SCHAUB Handbuch S. 1187 und 1199, SIMITIS/WEISS DB 73/1246, v. STEBUT RdA 74/338 f., WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 282, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 672 ff.; anderer Ansicht (teils generell, teils in einigen Punkten einschränkend): LAG Hamm v. 3.10.74 DB 74/2161, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 50 ff. und Rdn. 233, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 39, LIEB ZfA 78/210, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/48 f., STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 31.

213a Mit der Normierung tariflicher Kurz- oder Mehrarbeitsklauseln wollen die Tarifvertragsparteien regelmäßig auch gar keine abschließende Regelung dieser Materien treffen, sondern lediglich eine auf bestimmte Fälle beschränkte Legitimation für die auf Betriebsebene unter Wahrung des Mitbestimmungsrechts zu treffenden Entscheidungen schaffen.

partner für tarifunterworfenen Arbeitsverhältnisse verbindliche Grenzen gesetzt; jedoch folgt das bereits aus der zwingenden Wirkung der Tarifnormen gem. § 4 TVG und hat weder etwas mit dem erweiterten Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 BetrVG noch mit dem Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG zu tun²¹⁴.

Derartige Tarifnormen können schon deshalb weder nach § 87 Abs. 1 Einl. noch nach § 77 Abs. 3 eine absolute Sperre gegenüber betrieblichen Regelungen auslösen, weil beide Vorschriften²¹⁵ eine vollständige und aus sich heraus zu handhabende Regelung voraussetzen²¹⁶. Ein Tarifvertrag, der zu

214 Hier kann eine Parallele zu den gesetzlichen Arbeitszeitbestimmungen gezogen werden; die Vorschriften der AZO und anderer Arbeitnehmerschutzgesetze (insbesondere §§ 3, 6, 11, 14 AZO, 10 JArbSchG, 8 MSchG) definieren Voraussetzungen und Grenzen der Mehrarbeit ohne jedoch Vereinbarungsbefugnis und Mitbestimmungsrecht innerhalb des so gesetzten Rahmens in Frage stellen zu wollen. Vgl. zum Verhältnis zwischen gesetzlichen Rahmenregelungen und betrieblicher Mitbestimmung in anderem Zusammenhang BAG v. 13.3.73, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werkmietwohnungen Bl. 2.

215 Die Fragestellung wird in der Literatur zumeist nur zu § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG behandelt; so verweisen z.B. FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 64 und MOLL Tarifvorrang S. 43 FN 49 bei § 77 Abs. 3 BetrVG schlicht auf die entsprechenden Ausführungen zu § 87 Abs. 1 BetrVG; insoweit ergeben sich jedoch auch bei § 77 Abs. 3 keine Unterschiede. Daß für den dortigen Tarifvorrang eine Rahmenregelung nicht ausreichen kann, ergibt sich auch aus dem Verhältnis von Sperrwirkung und Dispensmöglichkeit gem. § 77 Abs. 3 S. 2; wenn die Tarifparteien erkennbar nur eine Rahmenvorschrift aufstellen, so lassen sie eindeutig ergänzende Betriebsvereinbarungen zu. Zur Interpretation des Tatbestandsmerkmals "ausdrücklich" im Sinne von "eindeutig" vgl. BAG v. 6.3.58, AP Nr. 1 zu § 59 BetrVG'52 LS 3, BAG v. 20.12.61 AP Nr. 7 zu § 59 BetrVG'52 LS 3, BAG v. 21.2.67 AP Nr. 26 zu § 59 BetrVG'52 LS 2; kritisch zu dieser Rspr. insbesondere SÄCKER RdA 67/373 f., siehe dazu auch DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 202, GK-WIESE § 77 Rdn. 114.

216 So (betr. § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG) z.B. BAG v. 5.3.74 AP Nr. 1 zu § 87 Kurzarbeit Bl. 3 RS im Anschluß an BAG v. 15.5.64 AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG'52 Akkord Bl. 2 RS; übereinstimmend BOEWER DB 73/524, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 95, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 48, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 281; vgl. neuerlich auch BAG v. 4.8.81 DB 82/383.

einem Regelungskomplex lediglich ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften enthält, entfaltet diese Wirkung nicht²¹⁷.

Außerdem ist der Ausschluß der Mitbestimmung nur dann sinnvoll, wenn betriebliche Regelungen angesichts der tariflichen Bestimmungen überflüssig wären, was hier jedoch gerade nicht der Fall ist²¹⁸. Schließlich entspricht es regelmäßig auch nicht der Intention der Tarifvertragsparteien, die Mitbestimmung des Betriebsrates hinsichtlich der konkreten Anordnung von Kurzarbeit oder Überstunden auszuschließen, zumal die Tarifverträge häufig klarstellen, daß diese Frage auf Betriebsebene unter Mitwirkung des Betriebsrates zu regeln ist²¹⁹.

Aber auch derjenige, der es entgegen hier vertretener Auffassung für realistisch hält, daß die Entscheidung über eine konkrete vorübergehende Arbeitszeitverkürzung oder -verlängerung auch durch Tarifvertrag getroffen werden kann²²⁰, müßte im Ergebnis ebenfalls zu einem tatbestandlichen Ausschlussverhältnis zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 3 und § 77 Abs. 3

217 Eine Sperrwirkung tarifvertraglicher Rahmenvorschriften wird nahezu einhellig verneint, wobei die Frage wiederum nur im Zusammenhang mit § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG behandelt wird; vgl. BAG v. 3.4.79 AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Bl. 3, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 49, GK-WIESE § 87 Anm. 23 a, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 36, SIMITIS/WEISS DB 73/1251, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 28, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 281, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 674.

218 So ausdrücklich SIMITIS/WEISS DB 73/1248 f.

219 Vgl. dazu bereits GALPERIN/SIEBERT § 56 Rdn. 32, FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 56 Rdn. 16 sowie oben FN 213a.

220 In Betracht käme hier allenfalls ein spezieller Firmentarifvertrag (vgl. SIMITIS/WEISS DB 73/1248). Jedoch auch dort bestehen erhebliche Zweifel an der tatsächlichen Regelungsmöglichkeit; zwar könnte in diesem Falle die betriebsspezifische Situation umfassend berücksichtigt werden, wohl kaum aber könnte eine sichere, alle künftigen Entwicklungen berücksichtigende Zukunftsprognose vorgenommen werden.

BetrVG gelangen, denn die Maßnahmen nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sind in ihrer lohnpolitischen Bedeutung nicht mit den in § 77 Abs. 3 BetrVG genannten Arbeitsentgelten vergleichbar. Es werden hier zwar befristete Regelungen über die Arbeitszeitdauer getroffen, diese beinhalten jedoch keine Grundsatzentscheidungen über den beiderseitigen Leistungsumfang, sondern stellen lediglich betriebseigene Reaktionen auf betriebliche Sondersituationen dar. Es handelt sich dabei um Angelegenheiten mit starkem Bezug zu betriebsindividuellen Besonderheiten²²¹, nicht aber um Maßnahmen der allgemeinen Lohn- und Arbeitszeitpolitik.

221 Zum Gesichtspunkt der Betriebsbezogenheit vgl. auch BAG v. 5.3.74 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Kurzarbeit Bl. 3 ("Auch die Kurzarbeit ist eine ausgeprägte betriebsbezogene Erscheinungsform, die sehr wohl einer kollektivrechtlichen Regelung auf betrieblicher Ebene zugänglich ist und schon deshalb nicht in die herkömmlichen Kompetenzen der Koalitionen eingreift"). Die Frage, ob es allein deshalb gerechtfertigt ist, tarifliche Kurzarbeitsklauseln als Betriebsnormen i.S.v. § 3 Abs. 2 TVG zu behandeln (so SIMITIS/WEISS DB 73/1250), kann hier nicht weiter vertieft werden.

5. DIE TATBESTANDLICHE EXKLUSIVITÄT DER §§ 87 ABS. 1 UND 77 ABS. 3 BetrVG ALS LEGISLATIVES KONZEPT

Die Tatsache, daß sich gerade bei den Mitbestimmungstatbeständen, die stets als typische Fälle einer Kollision zwischen § 87 Abs. 1 und § 77 Abs. 3 BetrVG zitiert werden, bei näherer Prüfung ein tatbestandlicher Überschneidungsraum als nicht existent erweist, legt die Vermutung nahe, daß das Verhältnis von §§ 77 Abs. 3 und 87 insgesamt durch den Grundsatz der tatbestandlichen Exklusivität bestimmt ist. Zum allgemeinen, für alle Fälle der sozialen Mitbestimmung gültigen Rechtsprinzip kann dieser Satz jedoch erst dann erklärt werden, wenn es gelingt, unabhängig von den spezifischen Besonderheiten einzelner Mitbestimmungsangelegenheiten schlüssig nachzuweisen, daß eine Ausschließlichkeit zwischen den Tatbeständen der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG der Gesamtkonzeption der gesetzlichen Regelung entspricht.

Das Gesetz bietet mehrere Ansatzpunkte für diese Beweisführung. Allgemeine Grundsätze für das Verhältnis von Mitbestimmung und Tarifvorrang ergeben sich sowohl aus der Teleologie der §§ 87 und 77 Abs. 3 BetrVG als auch aus der gesetzlichen Regelungssystematik. Ferner läßt die vom Gesetzgeber getroffene kasuistische Auswahl der der Mitbestimmung unterworfenen Regelungsmaterien Rückschlüsse zu; und schließlich kann auch der Gesichtspunkt einer ausgewogenen Kompetenzverteilung zwischen den Arbeitnehmerrepräsentanten auf Tarif-, Betriebs- und Unternehmensebene herangezogen werden.

5.1 Prinzipien der gesetzlichen Regelung

Aufgrund der obigen Erörterungen zu §§ 87 Abs. 1 Einl. und 77 Abs. 3 BetrVG werden zwei gesetzgeberische Leitmotive deutlich, die für die Bestimmung des Verhältnisses beider

Normen von Bedeutung sind, nämlich zum einen der Grundsatz des lückenlosen Arbeitnehmerschutzes in den sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG, zum anderen der des erweiterten Tarifvorranges im Hinblick auf lohnpolitische Festlegungen. Das Betriebsverfassungsgesetz will - wie § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG erkennen läßt - die Belange der Belegschaft bei den Gegenständen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis 12 BetrVG entweder durch die Mitbestimmung des Betriebsrates oder durch einschlägige Gesetzes- oder Tarifnormen gewahrt sehen²²². Der Fall, daß die Mitbestimmung ausgeschlossen ist, ohne daß gleichzeitig gesetzlicher oder tariflicher Schutz eingreift, ist nicht vorgesehen; vielmehr liegt dem Gesetz ein lückenloses Schutzprinzip zugrunde. Demgegenüber wird in lohnpolitischen Angelegenheiten der Vorrang des Tarifvertrages gegenüber Betriebsvereinbarungen durch § 77 Abs. 3 BetrVG über das sich aus dem Tarifrecht ergebende Rangverhältnis hinaus erweitert, indem im Anwendungsbereich dieser Vorschrift unter Beseitigung des Günstigkeitsprinzips eine absolute, auch bei fehlender Tarifgebundenheit eingreifende Sperrwirkung für betriebliche Kollektivregelungen statuiert wird²²³.

Bei Bestehen eines Überschneidungsraumes zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG müßte zwangsläufig einer dieser beiden Grundsätze Einschränkungen erfahren, gleichgültig durch welche Konstruktion man die dann entstehenden Kollisionsfälle zu lösen versuchte. Denn gäbe es einen von den Tatbeständen beider Normen erfaßten Bereich, innerhalb dessen die Anwendung des § 77 Abs. 3 BetrVG entsprechend der "Vorrang-Theorie" aufgrund des Eingangssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG ausgeschlossen wäre, so wäre das Prinzip des erweiterten Tarifvorranges insoweit durchbrochen; entgegen der ratio legis des § 77 Abs. 3 BetrVG bestünde die Gefahr einer Be-

222 S.o. Ziff. 2.1.2 S. 17 ff.

223 S.o. Ziff. 2.2.5 S. 35 ff.

einflussung der Tarifpolitik durch konkurrierende betriebliche Aktivitäten²²⁴. Könnte dagegen gemäß der "Zwei-Schranken-Theorie" § 77 Abs. 3 BetrVG auch im Bereich des § 87 BetrVG Geltung beanspruchen, so wäre es namentlich in nicht tarifgebundenen Betrieben möglich, daß die Mitbestimmung ausgeschlossen wäre, ohne daß der Tarifvertrag im Betrieb tatsächlich zur Anwendung käme²²⁵.

Dem Gesetzgeber des BetrVG'72 lag es aber mit Sicherheit fern, einen der beiden Grundsätze abzuschwächen²²⁶. Er hat im Gegenteil beide verstärkt, indem er einerseits den Mitbestimmungskatalog erheblich erweiterte, andererseits den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG über die Bestimmung des § 59 BetrVG'52 hinaus auf die Fälle ausdehnte, in denen eine Tarifregelung (erstmalig) besteht, ohne daß sich eine Tarifüblichkeit eingestellt hat²²⁷.

Die geschilderten Konsequenzen werden bei der Diskussion des Problems durchaus erkannt. Sie liefern die Argumente für die Auseinandersetzung mit den beiden miteinander konkurrierenden Theorien²²⁸. Je nachdem, welche der Auswirkungen man für gravierender hält, neigt man eher der einen oder der anderen Auffassung zu. Dabei muß es allerdings verwundern, daß die Existenz eines Überschneidungsraumes als Ausgangsthese aller

224 Vgl. dazu statt vieler KIRCHNER DB 72/1280 f.

225 So z.B. SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/65.

226 Zur allgemeinen Zielsetzung der Neufassung des BetrVG von 1972 siehe die einleitenden Ausführungen der Begründung zum RegE BT-Drucks. VI/1786 S. 31 ff.

227 Zu letzterem Gesichtspunkt zutreffend KONZEN BB 77/1310; vgl. auch DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 174.

228 Der Meinungsstreit wird seit Inkrafttreten des BetrVG'72 nahezu ausschließlich und unverändert mit diesen Argumenten ausgetragen, insoweit sind die in FN 224 und 225 zitierten Abhandlungen aus dem Jahre 1972 symptomatisch für die gesamte Auseinandersetzung.

Interpretationen seit Inkrafttreten des BetrVG'72 niemals in Frage gestellt wurde. Angesichts der offenkundigen Unzulänglichkeiten der angebotenen Lösungsmodelle hätte das nahe gelegen. Dagegen hat es nicht an Versuchen gefehlt, die auftretenden Nachteile durch vermittelnde Meinungen abzumildern.

Verbreitet wird die Meinung vertreten, § 77 Abs. 3 BetrVG schließe nur förmliche Betriebsvereinbarungen aus, lasse aber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, soweit es in anderer Form, namentlich durch Regelungsabreden, ausgeübt werde, unberührt²²⁹. Anhänger der "Zwei-Schranken-Theorie"²³⁰ wollen durch diese Auslegung der Situation in nicht tarifgebundenen Betrieben gerecht werden. Wie bereits ausgeführt wurde²³¹, spricht der Gesetzeszweck des § 77 Abs. 3 jedoch eindeutig gegen diese Auffassung; überdies erscheint sie wenig praxisgerecht. Es wäre widersinnig, wenn das Gesetz einerseits die Mitbestimmung des Betriebsrates zwingend vorschriebe, andererseits aber die Betriebsvereinbarung als idealtypische Verwirklichungsform der Mitbestimmung ausschlosse. Ließe man unter bestimmten Voraussetzungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nur Regelungsabreden zu, so könnten sich sowohl praktische Schwierigkeiten bei der Vollstreckung als auch Probleme hinsichtlich des Rechtscharakters eines

229 So. z.B. ADOMEIT BB 72/1282, HANAU/ADOMEIT in früherer Auflage (1. Aufl. S. 101), KIRCHNER BB 72/1282, KREUTZ S. 221, KÜCHENHOFF § 77 Rdn. 15, MOLL Tarifvorrang S. 55, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 295, WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 665, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 366; ebenso zu § 59 BetrVG'52 ADOMEIT Regelungsabrede S. 77, FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 59 Rdn. 2, GALPERIN/SIEBERT § 59 Rdn. 14, § 56 Rdn. 22, GROSSHAUSER Diss. S. 91; dagegen mit überzeugender Argumentation vor allem HANAU RdA 73/285, ferner die oben in FN 94 Genannten.

230 Nur für diese kann sich das Problem stellen.

231 S.o. Ziff. 2.2.5 S. 35 ff.

eventuellen Einigungsstellenspruchs ergeben²³².

Andere Autoren versuchen ausgehend von der "Zwei-Schranken-Theorie" dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer in nicht tarifgebundenen Betrieben dadurch Rechnung zu tragen, daß sie entgegen der herrschenden Meinung²³³ die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG von der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers abhängig machen²³⁴. Wiederum andere befürworten zwar generell die "Vorrang-Theorie", wollen aber den Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 (Einl.) BetrVG auch auf die Fälle ausdehnen, in denen eine Tarifregelung nur noch kraft Nachwirkung gilt²³⁵. Beiden letztgenannten Lösungsmodellen ist gemeinsam, daß sie den Konflikt dadurch zu entschärfen versuchen, daß sie Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtswirkungen der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einl. BetrVG einander angleichen. Hierdurch kann das Problem allenfalls verdeckt, nicht aber gelöst werden. Allein schon deshalb stellen diese Mittelmeinungen keinen gangbaren Weg dar. Eine Problemlösung ist nur dann möglich, wenn die allen Auffassungen gemeinsame Prämisse einer tatbestandlichen Überschneidung von § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG korrigiert wird.

232 Mitunter gelangen Autoren dabei zu gänzlich ungereimten Ergebnissen. So soll z.B. nach GALPERIN Leitfaden S. 105 § 77 Abs. 3 BetrVG lediglich Betriebsvereinbarungen, nicht aber die Mitbestimmung als solche ausschließen; die Mitbestimmung sei aber in diesem Falle nicht mehr erzwingbar, da dem Einigungsstellenspruch in jedem Falle die Rechtswirkung einer Betriebsvereinbarung zukomme. Vgl. zu dieser Problematik auch MOLL Tarifvorrang S. 55.

233 S.o. S. 35 FN 92.

234 So z.B. BARWASSER DB 75/2275, EICKELBERG Diss. S. 100, FABRICIUS RdA 73/126.

235 So insbesondere FARTHMANN RdA 74/71; dagegen mit überzeugender Argumentation WIESE Festschrift 25 Jahre BAG S. 668; vgl. auch REUTER SAE 76/18.

5.2 Fehlen einer Kollisionsnorm

Gegen die Existenz einer tatbestandlichen Überschneidung zwischen § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG spricht auch die Tatsache, daß - anders als im Falle des Sozialplanes nach § 112 BetrVG - eine gesetzliche Regelung für einen Kollisionsfall dieser beiden Vorschriften nicht besteht. Dieses kann nicht als ein redaktionelles Versehen erklärt werden, denn der Streit um das Verhältnis der §§ 56 und 59 BetrVG⁵² war bei der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes einerseits offenkundig, andererseits noch ungelöst.

Gleichwohl hat der Gesetzgeber weder - wie in § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG - die Anwendung des § 77 Abs. 3 BetrVG im Bereich des § 87 BetrVG ausgeschlossen, noch hat er - dem Änderungsantrag des Bundesrates²³⁶ entsprechend - in die Vorschrift des § 87 BetrVG eine Klausel über die Anwendbarkeit des § 77 Abs. 3 BetrVG aufgenommen. Dahingehende Forderungen wurden mit der Begründung zurückgewiesen, hierdurch werde die "Ausgewogenheit der Gesamtkonzeption" gestört²³⁷. Offenbar hielt der Gesetzgeber aufgrund der tatbestandlichen Abgrenzung beider Vorschriften eine gesetzliche Konkurrenzregelung für nicht erforderlich; jedenfalls kann der bewußte Verzicht hierauf als weiteres Indiz für eine tatbestandliche Exklusivität zwischen § 87 Abs. 1 BetrVG und § 77 Abs. 3

236 Der Bundesrat hatte beantragt, hinter § 87 Abs. 1 folgenden Abs. 1 a einzufügen: "§ 77 Abs. 3 ist anzuwenden." Zur Begründung wurde ausgeführt, der "Grundsatz des Vorrangs der Tarifüblichkeit" müsse auch hier Anwendung finden; vgl. BR-Drucks. 715/70, BT-Drucks. VI/1786 Anl. 2 S. 64 Nr. 20.

237 So die Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates (zu BT-Drucks. VI/1786 S. 2).

BetrVG gewertet werden²³⁸.

5.3 Sachliche Gemeinsamkeiten aller Regelungsgegenstände der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

5.3.1 Betriebsbezogenheit als Wesensmerkmal der Mitbestimmungstatbestände

Weitere Erkenntnisse für die Abgrenzung zwischen den Regelungsbereichen der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG ergeben sich aufgrund einer Analyse der allen Mitbestimmungstatbeständen gemeinsamen Merkmale. Die ansonsten sehr heterogenen Gegenstände der sozialen Mitbestimmung sind übereinstimmend durch einen starken Bezug zu betriebsspezifischen Gegebenheiten geprägt²³⁹. Zwar handelt es sich nicht allein um Dienst- oder Ordnungsvorschriften im engeren Sinne, wohl aber um solche Angelegenheiten, die regelmäßig nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Betriebes geregelt werden können. Unter diesem Gesichtspunkt fügen sich die durch das BetrVG'72 neu aufgenommenen bzw. erweiterten

238 Befürworter der "Zwei-Schranken-Theorie" meinen demgegenüber, sich zur Stützung ihrer Auffassung auf Äußerungen anlässlich der parlamentarischen Beratungen zum BetrVG'72 berufen zu können. So zitiert HANAU (RdA 73/284) wörtlich die Auseinandersetzung zwischen dem damaligen BT-Abgeordneten Dr. FARTHMAN und dem Sachverständigen Dr. MERTZ (Farthmann: "Haben schon einmal etwas vom § 59 gehört?"; Mertz: "...Sie wissen selbst, wie umstritten das Verhältnis von § 56 zu § 59 ist!"; Farthmann: "Die Sperrwirkung des § 59 ist unbestritten. Nehmen Sie das zur Kenntnis!"). Einer solch spontanen, möglicherweise emotional verfärbten Äußerung sollte jedoch tunlichst kein allzu großes Gewicht beigemessen werden, zumal sich FARTHMAN in Abhandlungen nach Inkrafttreten des BetrVG'72 (vgl. RdA 74/71) gegenteilig äußerte und für eine modifizierte "Vorrang-Theorie" plädierte (s.o. S. 91 FN 235 mit dem dazugehörenden Text).

239 Zum Gesichtspunkt der Betriebsbezogenheit (Betriebsnähe) der Mitbestimmungsgegenstände vgl. auch die rechtspolitischen Erörterungen von G. MÜLLER DB 70/1028 u. DB 67/905.

Mitbestimmungstatbestände, namentlich auch diejenigen, die sich nach herkömmlicher Terminologie auf "materielle Arbeitsbedingungen" beziehen, kontinuierlich in die Reihe der übrigen "sozialen Angelegenheiten" ein²⁴⁰. Diese sind ebenso wie jene gerade wegen ihrer Betriebsbezogenheit häufig einer tariflichen Regelung nicht zugänglich²⁴¹.

Durch die Normierung ausschließlich betriebsbezogener Mitbestimmungstatbestände hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, daß im Rahmen unserer Arbeitsverfassung in betriebspraktischen Fragen ein umfassender kollektiver Arbeitnehmerschutz hauptsächlich durch die Betriebsratsarbeit verwirklicht wird²⁴². Das BetrVG'72 hat damit bei gleichzeitiger

240 Das BAG hat gerade in solchen Fällen, in denen es zur Erstreckung der sozialen Mitbestimmung auf "materielle Arbeitsbedingungen" Stellung zu nehmen hatte, mehrfach den betriebsbezogenen Charakter dieser Angelegenheiten betont; so z.B. BAG v. 13.3.1973 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werkmietwohnungen Bl. 4 RS ("Es handelt sich in § 87 Abs. 1 Nr. 9 um Tatbestände, die zumeist wegen ihrer Betriebsbezogenheit nicht tariflich geregelt sind..."), BAG v. 5.3.1974 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Kurzarbeit Bl. 3 ("Auch die Kurzarbeit ist eine ausgeprägt betriebsbezogene, betriebseigene Erscheinungsform, die ... nicht in die herkömmlichen Kompetenzen der Koalitionen eingreift.").

241 Zu Recht weisen REUTER/STRECKEL (Grundfragen S. 33 f.) darauf hin, daß auch und gerade die Tatbestände der Nummern 3, 10 und 11 von § 87 Abs. 1 BetrVG Angelegenheiten betreffen, die eben nicht "üblicherweise" durch Tarifvertrag geregelt werden.

242 Theoretisch könnte der Arbeitnehmerschutz insoweit zwar auch weitgehend durch eine "betriebsnahe Tarifpolitik" verwirklicht werden; die Praxis hat sich jedoch bei uns gerade nicht in diese Richtung entwickelt und wird sich auch in absehbarer Zukunft nicht wesentlich ändern (vgl. dazu REUTER/STRECKEL Grundfragen S. 34, VOLLMER DB 79/309 sowie oben FN 83); dem trägt das Gesetz durch weitreichende Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in (betriebsbezogenen) sozialen Angelegenheiten Rechnung, ohne andererseits einer Wandlung der Tarifpolitik den Weg zu versperren (vgl. zu letzterem die Ausführungen oben unter Ziff. 3.3 S. 42 f. mit FN 109).

Verstärkung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte die historisch gewachsene Funktionsabgrenzung zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten fortgeschrieben²⁴³. Die Tatsache, daß § 87 Abs. 1 ausschließlich betriebsbezogene Angelegenheiten umfaßt, ist somit keineswegs zufallsbedingt, sondern Ausdruck einer umfassenden Grundidee. In den Angelegenheiten der sozialen Mitbestimmung besteht häufig ein beiderseitiges Interesse oder gar die faktische Notwendigkeit einer betriebseinheitlichen Regelung²⁴⁴. Berechtigte Schutzinteressen der Belegschaft verlangen hierbei eine gleichberechtigte Beteiligung der Arbeitnehmerseite²⁴⁵. Beides zusammen läßt sich regelmäßig nur im Wege der Mitbestimmung des Betriebsrats verwirklichen.

5.3.2 Betriebsbezogenheit als Abgrenzungskriterium

Erkennt man, daß bei den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis 12 BetrVG das Mitbestimmungsrecht gerade und nur deshalb besteht, weil es sich um kollektiv zu regelnde betriebsbezogene Materien handelt, so ist das Merkmal Betriebsbezogenheit nicht nur als Sammelbezeichnung, sondern auch als Abgrenzungskriterium verwendbar. Dann kann nämlich im Gegenschluß gefolgert werden, daß der Mitbestimmung des Betriebsrates gem. § 87 BetrVG eben auch nur betriebsbezogene Angelegenheiten unterliegen. Gegenstand der Mitbestimmung ist danach nicht die grundsätzliche Regelung des beiderseitigen Leistungsumfangs, sondern deren betriebsorganisatorische Umsetzung, d.h. die nähere Ausgestaltung der betrieblichen

243 Zur "Komplementärfunktion" der Interessenvertretung durch den Betriebsrat s. auch SIMITIS/WEISS DB 73/1247 m.w.N.

244 Vgl. DIETZ/RICHARDI vor § 87 Rdn. 5 a.E.; deutlicher noch DIETZ vor § 56 Rdn. 3.

245 Siehe dazu oben Ziff. 2.1.1 S. 15 f.

Durchführung entsprechender Festlegungen.

Bestätigt wird diese Auslegung durch diejenigen Tatbestände, die eine eindeutige Negativabgrenzung zulassen. So macht ein Vergleich zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 8 und § 88 Nr. 2 BetrVG²⁴⁶ deutlich, daß der Arbeitgeber nicht im Wege der Mitbestimmung zur Errichtung von Sozialeinrichtungen gezwungen werden kann und daß sich die Mitbestimmung nur auf betriebliche Abwicklungsfragen bezieht²⁴⁷. Desweiteren läßt § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG durch die Aufzählung ausschließlich organisatorischer Urlaubsfragen erkennen, daß die Regelung der Dauer des Jahresurlaubs nicht Gegenstand der Mitbestimmung ist²⁴⁸. Ebenso wenig unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrates - wie aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG zu schließen ist - die

246 Verfehlt ist der Einwand von GESTER/ISENHARDT (RdA 74/83), die "ordnungspolitisch minderrangige Vorschrift" - gemeint ist § 88 BetrVG - könne den "das Betriebsverfassungsrecht beherrschenden Mitbestimmungstatbestand" - § 87 BetrVG - nicht einengen. Eine Berücksichtigung des § 88 bei der Auslegung des § 87 ist demgegenüber nicht nur zulässig, sondern sogar geboten. Wenn das Gesetz eine Reihe von Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung unterwirft, andere dagegen als typische Beispiele freiwilliger Betriebsvereinbarungen nennt, so läßt ein Vergleich dieser Regelungen Wertentscheidungen erkennen, die es bei der Norminterpretation zu beachten gilt.

247 Ganz herrschende Meinung; z.B. BAG v. 13.7.1973 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werkmietwohnungen Bl. 3, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 242, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 38, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 186, GK-WIESE § 87 Rdn. 118, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 87 Rdn. 25, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 141, KÜCHENHOFF § 87 Rdn. 16, SCHAUB Handbuch S. 1193, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 141.

248 Auch insoweit einhellige Auffassung; vgl. BRECHT § 87 Rdn. 19, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 209, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 35, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 137, GK-WIESE § 87 Rdn. 94, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 109, SCHAUB Handbuch S. 1189; ebenso die h.M. zu § 56 Abs. 1 lit. c BetrVG'52, statt vieler DIETZ § 56 Rdn. 122, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1365, NEUMANN-DUESBERG S. 478.

Festlegung der Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit²⁴⁹.

5.3.3 Lohnpolitik und betriebspraktische Fragen

Mag auch der pauschale Begriff der Betriebsbezogenheit nicht in allen Fällen geeignet sein, Umfang und Grenzen der Mitbestimmungsrechte eindeutig zu bestimmen, so kann er gleichwohl zu einer Klärung des Verhältnisses der §§ 87 Abs. 1 BetrVG und 77 Abs. 3 BetrVG beitragen. Zusammen mit den oben getroffenen Feststellungen, wonach der Anwendungsbereich des § 77 Abs. 3 BetrVG auf lohnpolitische Fragen beschränkt ist²⁵⁰, bestätigen die hier zu § 87 BetrVG angestellten Überlegungen die tatbestandliche Exklusivität zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG.

Lohnpolitik und Betriebsbezogenheit schließen einander aus, denn Lohnpolitik ist ihrer Natur nach keine betriebsbezogene Angelegenheit. Ihr Ziel ist - ungeachtet unterschiedlicher ideologischer Ansatzpunkte - stets die Suche nach einer gerechten Einkommensverteilung. Die wesentlichen Bestimmungsfaktoren für die Festlegung des Lohnniveaus sind einerseits gesamtwirtschaftliche und politische Daten, zum anderen die sektoral- und branchenspezifische Wirtschaftssituation²⁵¹. Betriebsorganisatorischen Fragen kommt dagegen in diesem Prozeß keine ins Gewicht fallende Bedeutung zu. Das gilt auch für die unter dem Begriff "betriebliche Lohnpolitik" zusammengefaßten Erscheinungsformen. Dort bilden die betrieblichen Gegebenheiten zwar den Regelungshintergrund, nicht aber den Regelungsgegenstand. Die betriebliche Lohnpolitik

249 S.o. Ziff. 4.2.1 und 4.2.2 S. 76 ff.

250 S.o. Ziff. 3. S. 38 f.

251 Allgemein zu den verschiedenen Einflußfaktoren der tariflichen Lohnpolitik KÜLP Lohnbildung S. 186 ff.

unterliegt den gleichen Rahmengrößen wie die überbetriebliche; auch hier stellen betriebliche Ablauffragen keine ins Gewicht fallenden Einflußfaktoren dar²⁵².

Freilich hängt die tatsächliche Vergütung eines Arbeitnehmers auch von einer Reihe betrieblicher Vorgänge ab; so wird das Lohnergebnis insbesondere durch Eingruppierung, Arbeitsbewertung, Leistungsgradermittlung etc. maßgeblich beeinflusst. Dabei handelt es sich jedoch stets allein um Fragen der innerbetrieblichen (relativen) Lohngerechtigkeit²⁵³, nicht dagegen um grundsätzliche verteilungspolitische Entscheidungen. Diese betrieblichen Maßnahmen setzen ihrerseits eine generelle Festlegung hinsichtlich des Niveaus der vom Arbeitgeber zu erbringenden Leistungen voraus; sie dienen dazu, jene auf Betriebsebene zu transformieren. Hinsichtlich solcher Lohnfindungsregelungen bestehen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 umfassende Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats²⁵⁴, nicht dagegen unterliegt der Mitbestimmung die Grundsatzentscheidung über den Umfang der beiderseitigen Leistungspflicht.

Während der erweiterte Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 BetrVG entsprechend dem festgestellten Normzweck nur die eigentliche Lohnpolitik betrifft, bezieht sich die erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrats ausschließlich auf betriebspraktische Regelungen, nämlich zum einen rein betriebs-

252 Vgl. zu Begriff und Erscheinungsformen der betrieblichen Lohnpolitik TESCHNER Lohnpolitik S. 8 ff., 89 ff.

253 "Relative Lohngerechtigkeit betrifft die Problematik, ob die Bezugs- und Berechnungseinheit der Entlohnung den unterschiedlichen Leistungen der Arbeitnehmer Rechnung trägt"; so die prägnante Definition bei MOLL (Mitbestimmung beim Entgelt S. 47).

254 Ergänzend dazu greift im Bereich personeller Angelegenheiten die Mitbestimmung bei Eingruppierungen (§ 99 BetrVG) ein.

organisatorische Angelegenheiten, insbesondere betriebliche Ablauf- und Ordnungsbestimmungen, zum anderen lohntechnische und lohnmethodische Festlegungen, die die Lohnfindung unter dem Gesichtspunkt der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit betreffen. Die beiden Kategorien (lohnpolitische und betriebspraktische Fragen) bilden begrifflich keinen Überschneidungsraum; die Abgrenzung ist - wie später noch darzulegen sein wird²⁵⁵ - trotz denkbarer Schwierigkeiten im Einzelfall auch praktisch durchführbar.

5.4 Ausgewogene Kompetenzverteilung

Stimmt man mit der hier vertretenen Meinung darin überein, daß die Tatbestände der §§ 87 Abs. 1 und 77 Abs. 3 BetrVG keinen Überschneidungsraum bilden und daß diese Ausschließlichkeit nicht zufallsbedingt ist, sondern notwendig aus der gesetzlichen Konzeption folgt, so kann § 77 Abs. 3 BetrVG über seinen eigentlichen Regelungsinhalt hinaus als Maßstab für die Auslegung der Mitbestimmungstatbestände dienen²⁵⁶. Dann kann nämlich bei Auslegungsproblemen im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 1-12 BetrVG als Hilfsüberlegung jeweils die Frage gestellt werden, ob die betreffende Angelegenheit - Tarifüblichkeit vorausgesetzt - unter § 77 Abs. 3 BetrVG fällt, d.h. ob es sich um "Arbeitsentgelte oder sonstige Arbeitsbedingungen" im Sinne dieser Vorschrift handelt. Ist das der Fall, so kann es sich nicht um einen der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegenden Gegenstand handeln. Die Vorschrift bildet damit einen wesentlichen Anhaltspunkt für die funktionelle Abgrenzung der betrieblichen Mitbestimmung

255 Auseinandersetzung mit Praktikabilitätsfragen unten Ziff. 7.S. 127 ff.

256 Es ist also - entgegen der Auffassung von KREUTZ (Betriebsautonomie S. 219 ff.) - auch heute noch durchaus gerechtfertigt, die §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG "im Lichte" der jeweils anderen Bestimmung zu interpretieren.

gegenüber dem Verantwortungsbereich der Tarifvertragsparteien²⁵⁷.

Danach unterliegt die Lohnpolitik als klassischer Bereich koalitionsmäßiger Betätigung nicht der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates. Der Arbeitnehmerschutz ist dort mit den Mitteln des Tarifvertragsrechts zu verwirklichen. Um Störungen tariflicher Lohnpolitik auszuschließen, sind insoweit auch keine freiwilligen betrieblichen Kollektivregelungen zulässig, es sei denn, tarifliche Regelungen seien unüblich oder der Tarifvertrag lasse ergänzende Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zu. Domäne der betrieblichen Mitbestimmung ist demgegenüber die Regelung betrieblicher Angelegenheiten. Wenn sich im Einzelfall die Sozialpartner auch dieser Gegenstände annehmen, was rechtlich möglich, in der Praxis aber nicht sehr häufig ist, so entfällt das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nur dort, wo der Tarifvertrag tatsächlich Anwendung findet²⁵⁸. Ein Vergleich der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG macht deutlich, daß die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte durch das BetrVG'72 die Funktionsaufteilung zwischen tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Interessenvertretung nicht verschoben

257 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt schon die amtliche Begründung zu § 65 des RegE zum BetrVG'52 (BT-Drucks. I/1546 S. 55) und den Aussch.bericht zu § 59 BetrVG'52 (BT-Drucks. I/3585 S. 11) sowie DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 175, FABRICIUS Anm. zu BAG v. 8.12.1970 AP Nr. 28 zu § 59 BetrVG'52 Bl. 5 ff.

258 Einen Schritt zu weit geht VOLLMER (DB 79/309 f., 357), der in "konkret betriebsbedingten Konfliktfällen" eine "vorrangige mitbestimmungsrechtliche Regelungskompetenz" anerkennt; eine Reihe von Vorschriften sowohl des Tarifvertrags- als auch des Betriebsverfassungsrechts (§§ 1, 3 TVG, §§ 2 Abs. 3, 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Einl. BetrVG) widerlegen eindeutig - wie auch Vollmer (a.a.O. S. 310 FN 21) erkennen muß - die These, durch die betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte würde die Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien zurückgedrängt.

hat; der Mitbestimmungskatalog enthält durchweg betriebsbezogene Angelegenheiten, die eben üblicherweise nicht abschließend durch Tarifvertrag geregelt werden²⁵⁹.

Ergänzend hierzu lassen sich weitere Grenzen der erzwingbaren Mitbestimmung aus dem Verhältnis von § 87 BetrVG zu den §§ 106 ff. BetrVG ableiten²⁶⁰. Die Vorschriften des 6. Abschnitts des BetrVG bestätigen, daß die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Alleinverantwortung in wirtschaftlichen Angelegenheiten - jedenfalls durch dieses Gesetz - im Grundsatz nicht angetastet werden sollen²⁶¹. In Fragen der Unternehmensplanung und -leitung, insbesondere bei der Produktionsplanung, der Investitionsplanung, der Standortplanung etc., bestehen zwar Informations- und Mitberatungsrechte des Betriebsrats (Wirtschaftsausschusses), nicht aber räumt das Gesetz dem Betriebsrat hier Mitentscheidungskompetenzen wie im Bereich der betrieblichen sozialen Angelegenheiten ein²⁶². Auf der-

259 Durch die Erweiterung der Mitbestimmung mit dem BetrVG'72 hat die tarifvertragliche Interessenvertretung entgegen VOLLMER (DB 79/375) keinen "Funktionsverlust" erfahren; richtig MENGEL DB 82/43 ("Zwischen dem Betriebsverfassungsrecht vor und nach jenem 'Stichtag' des Jahres 1972 gibt es keine 'radikale Zäsur': In den gesetzlichen Normen wurden lediglich die bisherigen betriebsverfassungsrechtlichen Sätze fortgeschrieben"); auch die Tatsache, daß der Gesetzgeber gerade den gemeinhin als die gravierendsten angesehenen Änderungen, nämlich den Nummern 3 und 11 des § 87 BetrVG, lediglich klarstellende Funktion beigemessen hat (vgl. BT-Drucks. VI/1786 S. 48 f.), unterstreicht die Aussage im Text.

260 Im Rahmen der hier gestellten Thematik kann der Problemkreis nur in groben Grundzügen behandelt werden.

261 Vgl. dazu die amtliche Begründung zum RegE (BT-Drucks. VI/1786 S. 31): "Im kollektivrechtlichen Bereich erweitert der Entwurf die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats auf wichtigen Gebieten, ohne in die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen, insbesondere auf wirtschaftlichem Gebiet, einzugreifen"; vgl. ferner die Äußerungen des früheren Bundesministers für Arbeit und Soziales W. ARENDT bei der dritten Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes im Deutschen Bundestag ("Zur Sache" 1/72 S. 175).

262 Vgl. dazu auch GK-WIESE vor § 106 Rdn. 29.

artige Entscheidungsprozesse kann die Arbeitnehmerseite nur im Rahmen der Mitbestimmung auf Unternehmensebene Einfluß nehmen; erzwingbare Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats setzen erst bei der Regelung der sozialen Folgewirkungen ein²⁶³. Diese gesetzgeberische Wertentscheidung ist auch bei der Auslegung der Tatbestände des § 87 zu beachten; ein den §§ 106 ff. nicht zu entnehmendes erzwingbares Mitbestimmungsrecht in unternehmerischen Angelegenheiten kann nicht auf dem Umweg über § 87 begründet werden²⁶⁴.

Bei dieser Auslegung läßt ein Vergleich der §§ 87 BetrVG und 77 Abs. 3 BetrVG die Grenzen der Mitbestimmung gegenüber vorrangig tariflich zu regelnden Angelegenheiten erkennen, während sich die funktionale Abgrenzung der betrieblichen Mitbestimmung gegenüber der Unternehmensmitbestimmung aus dem Verhältnis von § 87 BetrVG zu §§ 106 ff. BetrVG ergibt. Durch das Zusammenspiel dieser Vorschriften ergibt sich eine Kompetenzaufteilung, die voll den unterschiedlichen Funktionen der Arbeitnehmervertretung auf allen drei Ebenen entspricht und somit in der Tat das Prädikat "ausgewogen"²⁶⁵ verdient. Diesem klaren gesetzlichen Konzept werden weder diejenigen Auffassungen gerecht, die die Mitbestimmung des Betriebsrats auf lohnpolitische und/oder unternehmerische Angelegenheiten erstrecken, noch diejenigen, die den erweiterten Tarifvorrang auf betriebspraktische Fragen ausdehnen.

263 So zutreffend LIEB ZfA 78/185 f., der auf die Wechselwirkung zwischen Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsgesetz hinweist.

264 Im Ergebnis übereinstimmend GAUL Einigungsstelle S. 83, GK-WIESE § 87 Rdn. 44, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 25, RÜTHERS ZfA 73/418, WIESE Initiativrecht S. 27 f. und S. 37; gegen Rückschlüsse aus §§ 106 ff. BetrVG REUTER ZfA 81/180 ff., der statt dessen Grenzen der Mitbestimmung in unternehmerischen Angelegenheiten aus § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ableiten will (dazu auch oben FN 130). Die Problematik wird zumeist im Zusammenhang mit dem Initiativrecht des Betriebsrats behandelt; in Wirklichkeit handelt es sich jedoch - wie unten (Ziff. 7.2) darzulegen sein wird - nicht um ein Problem des Initiativrechts, sondern um die Frage, ob überhaupt insoweit ein Mitbestimmungsrecht besteht.

265 S.o. S. 92 mit FN 237.

6. DIE AUFFASSUNG VON DER TATBESTANDLICHEN EXKLUSIVITÄT IM SPEKTRUM DES MEINUNGSSTREITS

6.1 Kein prinzipiell neuer Interpretationsgesichtspunkt

Um die hier vertretene Auffassung in den bestehenden Meinungsstreit einordnen zu können, sollen nachfolgend die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu den bisher vertretenen Theorien aufgezeigt und Vergleiche mit den Grundsätzen der BAG-Rechtsprechung zu § 87 BetrVG gezogen werden. Zuvor sei nochmals daran erinnert, daß die Annahme eines durch tatbestandliche Gründe bedingten Ausschließlichkeitsverhältnisses zwischen Mitbestimmungskatalog und der "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen" betreffenden Tarifvorrangklausel keineswegs neu ist. Das Verhältnis der §§ 56 und 59 BetrVG'52 wurde von einer weit verbreiteten Meinung in diesem Sinne interpretiert²⁶⁶. Seit Inkrafttreten des BetrVG'72 wird eine solche Auslegung jedoch unter Hinweis auf die in § 87 Nr. 1-12 BetrVG enthaltenen Fälle "materieller Arbeitsbedingungen" einhellig abgelehnt²⁶⁷, wobei allerdings nicht beachtet

266 Dazu bereits oben S. 6 FN 13.

267 Vgl. oben S. 7; auch die Meinung von KREUTZ (Betriebsautonomie S. 219 ff.) weist nur bei vordergründiger Betrachtung Parallelen zu der hier vertretenen Auffassung auf. Zwar scheinen die Aussagen, ein spezifisches Verhältnis zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG bestehe nicht sowie die Vorschriften konkurrierten weder idealiter miteinander noch habe § 87 Abs. 1 BetrVG Vorrang, in die Richtung der hier befürworteten Interpretation zu deuten; auch wird zu Recht auf einen Funktionsunterschied zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG abgehoben; letztlich ist Kreutz aber - entgegen eigener Bekundung - den Vertretern einer modifizierten "Zwei-Schranken-Theorie" zuzurechnen, da er den Anwendungsbereich des § 77 Abs. 3 BetrVG auch auf Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 1-12 erstreckt, wobei allerdings insoweit durch § 77 Abs. 3 BetrVG nicht die Mitbestimmung als solche, sondern nur ihre Ausübung mittels Abschlusses von Betriebsvereinbarungen ausgeschlossen sein soll (zu dieser Variante der "Zwei-Schranken-Theorie" oben S. 90).

wird, daß die Erstreckung der Mitbestimmung auf betriebsbezogene materielle Arbeitsbedingungen nicht notwendig zu einer Überschneidung zwischen den Tatbeständen der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG führt, wenn man den Anwendungsbereich des § 77 Abs. 3 BetrVG entsprechend dem hier festgestellten Zweck der Norm auf lohnpolitische Fragen beschränkt.

6.2 Vergleich mit der "Zwei-Schranken-Theorie" und der "Vorrang-Theorie"

Die Unterschiede zwischen der hier vertretenen Auffassung und den in der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur widerstreitenden Meinungen sind in erster Linie durch die abweichende Interpretation des § 77 Abs. 3 BetrVG bedingt²⁶⁸. Zwar besteht mit der sog. "Zwei-Schranken-Theorie" insoweit eine Übereinstimmung, als deren Vertreter mehrheitlich unter "sonstigen Arbeitsbedingungen" i.S.v. § 77 Abs. 3 BetrVG nur solche verstehen, die den eigens hervorgehobenen "Arbeitsentgelten" verwandt sind²⁶⁹, jedoch wird bei der Auslegung dieses Merkmals hier ein noch engerer Maßstab angelegt. Im Gegensatz zu der hier vorgenommenen Beschränkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auf die eigentliche Lohnpolitik subsumieren jene Autoren überwiegend unter § 77 Abs. 3 BetrVG all diejenigen

268 Hinsichtlich der Auslegung der Mitbestimmungstatbestände besteht - wie gesehen - Übereinstimmung mit einer Reihe von Autoren.

269 Eine Minderheit innerhalb der "Zwei-Schranken-Theorie" faßt demgegenüber unter § 77 BetrVG sämtliche Arbeitsbedingungen schlechthin; so z.B. MOLL Tarifvorrang S. 44 ff., nach obiger Feststellung (vgl. FN 267) auch KREUTZ Betriebsautonomie S. 267; diese Autoren müssen dann zwangsläufig die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG im Rahmen von § 87 BetrVG auf förmliche Betriebsvereinbarungen beschränken, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, sie machten durch ihre Auslegung den Tarifvorbehalt in § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG gegenstandslos (so der Einwand von SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/66 gegen die "Zwei-Schranken-Theorie").

Angelegenheiten, die nach überkommener Terminologie als "materielle Arbeitsbedingungen" bezeichnet werden²⁷⁰; für sie stellt sich daher auch dann, wenn sie die Mitbestimmungstatbestände in der hier befürworteten Weise abgrenzen, ein Konkurrenzproblem zwischen § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG insbesondere im Bereich technischer und struktureller Lohnfragen. Im Vergleich zu der sog. "Vorrang-Theorie" gelangt die vorliegende Untersuchung nur scheinbar zu gleichlautenden Ergebnissen. Tatsächlich handelt es sich aber um zwei gänzlich verschiedene Aussagen und nicht etwa nur um zwei unterschiedliche Begründungswege²⁷¹. Nach der Vorrang-Theorie erfaßt § 77 Abs. 3 BetrVG sämtliche Arbeitsbedingungen schlechthin, so daß alle Angelegenheiten der sozialen Mitbestimmung an sich zugleich auch "sonstige Arbeitsbedingungen" im Sinne von § 77 Abs. 3 BetrVG sind²⁷²; nur soll dieser Meinung zufolge die Anwendung des § 77 Abs. 3 BetrVG wegen logischer Vorrangigkeit des Eingangssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG ausgeschlossen sein. Dagegen bezieht sich § 77 Abs. 3 BetrVG nach den hier getroffenen Feststellungen auf völlig andere Sachverhalte als diejenigen, für die § 87 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vorsieht. Für die "Vorrang-Theorie" ist charakteristisch, daß sie das Ausschließlichkeitsverhältnis allein auf die beiden Sperrklauseln bezieht, während hier eine Ausschließlichkeit zwischen den einzelnen Tatbeständen des § 87 Abs. 1 Nr. 1-12 und den unter § 77 Abs. 3 fallenden Angelegenheiten angenommen wird.

270 So z.B. BOEWER DB 73/526, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 176, KIRCHNER BB 72/1279, STEGE/WEINSPACH § 77 Rdn. 12, WIEDEMANN/STUMPF TVG § 4 Rdn. 293, ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 353.

271 Das wird - wie bereits erwähnt - häufig verkannt (s.o. S. 12 mit FN 30).

272 Die "Vorrang-Theorie" muß - jedenfalls soweit sie auf ein Spezialitätsverhältnis zwischen § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG abstellt - notwendigerweise den Begriff der "sonstigen Arbeitsbedingungen" i.S.v. § 77 Abs. 3 BetrVG umfassend verstehen.

In der praktischen Anwendung zwingt die hier vertretene Auffassung in stärkerem Maße zu einer klaren Abgrenzung der Tatbestände, gibt aber andererseits auch deutlichere Anhaltspunkte für die Auslegung²⁷³; darin liegt ihr unbestreitbarer Vorzug.

Außerdem ist keine plausible Begründung für eine logische Alternativität zwischen § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG ersichtlich. Die "Vorrang-Theorie" kann sich weder auf den Wortlaut noch auf die Systematik der gesetzlichen Regelung stützen. Ausweislich seiner Stellung im Abschnitt "Allgemeines"²⁷⁴ steht § 77 Abs. 3 BetrVG zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht in einem solchen Sachzusammenhang, der es rechtfertigen könnte, alle der sozialen Mitbestimmung unterliegenden Regelungsmaterien von vornherein und ohne eine Analyse der einzelnen Tatbestände vom Geltungsbereich des erweiterten Tarifvorrangs auszunehmen²⁷⁵. Auch kann § 77 Abs. 3 BetrVG nicht dahingehend interpretiert werden, daß von dieser Vorschrift überhaupt nur solche Angelegenheiten erfaßt werden können, die nicht Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats sind. Zum einen kann die Intensität der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte als solche angesichts des festgestellten Normzwecks kein für § 77 Abs. 3 BetrVG maßgebliches Abgrenzungs-

273 Dazu oben S. 99 f.

274 Aus "gesetzssystematischen Gründen" hielt der Gesetzgeber diese Änderung gegenüber dem BetrVG'52 für erforderlich (vgl. die Begründung zum RegE BT-Drucks. VI/1786 S. 47).

275 Unter Geltung des BetrVG'52 konnte man aufgrund der Stellung des § 59 a.F. am Schluß des Abschnitts "soziale Angelegenheiten" noch geneigt sein, unter "sonstigen Arbeitsbedingungen" all diejenigen zu verstehen, die nicht im vorstehenden Mitbestimmungskatalog (§ 56) aufgeführt waren (so offenbar BIEDENKOPF Tarifautonomie S. 285); die Gesetzssystematik des BetrVG'72 verbietet diesen Schluß jedoch eindeutig.

kriterium darstellen²⁷⁶, zum anderen spricht gegen diese Deutung auch § 112 Abs. 1 BetrVG, wo es ansonsten des ausdrücklichen Hinweises auf die Nichtanwendbarkeit des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht bedurft hätte²⁷⁷. Schließlich kann die "Vorrang-Theorie" auch nicht den Satz 'lex specialis derogat legi generali' für sich in Anspruch nehmen²⁷⁸. Die §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einl. BetrVG unterscheiden sich sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in den Rechtsfolgen; sie verfolgen unterschiedliche, jedoch nicht miteinander im Widerspruch stehende Zwecke. Bei dieser Situation kann weder aufgrund des systematischen Zusammenhangs noch unter dem Gesichtspunkt des stärkeren Geltungswillens einer der beiden Normen ein Vorrang vor der anderen eingeräumt werden. Ohne daß es hier eingehender Erörterungen zur Frage der Gesetzeskonkurrenz im Zivilrecht bedarf, kommt somit bereits aufgrund des Funktionsunterschiedes beider Normen ein Spezialitätsverhältnis ebensowenig in Betracht wie eine Subsidiarität²⁷⁹. Eine Ausschließlichkeit läßt sich nicht logisch abstrakt, sondern nur aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Tatbestände begründen.

276 So aber WEISS in Simitis/Weiss DB 73/1247 und in BetrVG-Kommentar S. 243 ("Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 ... erklärt sich aus der im Regelfall schwachen Verhandlungsposition des Betriebsrats").

277 Zutreffend DIETZ/RICHARDI § 77 Rdn. 181, KIRCHNER BB 72/1281.

278 Für ein Spezialitätsverhältnis zwischen § 87 Abs. 1 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG insbesondere BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.1974 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG Initiativrecht S. 32, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/65, REUTER/STRECKEL Grundfragen S. 33.

279 Zutreffend ZÖLLNER Arbeitsrecht S. 365; ebenso bereits DIETZ RdA 55/241 mit eingehender Begründung; allgemein zu diesem Fragenkomplex GEORGIADIS Anspruchskonkurrenz S. 78 ff.

6.3 Die Unterscheidung zwischen betriebspraktischen und lohnpolitischen Angelegenheiten in der Rechtsprechung des BAG zu § 87 BetrVG

Das Bundesarbeitsgericht hat zwar seit Inkrafttreten des BetrVG'72 noch keinen Anlaß gehabt, konkret zu der hier behandelten Frage nach dem Verhältnis von § 87 Abs. 1 zu § 77 Abs. 3 BetrVG Stellung zu nehmen²⁸⁰, gleichwohl kann seine Rechtsprechung zur Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit als Bestätigung der hier vertretenen Auffassung gewertet werden. In einer Reihe von Beschlüssen zu Auslegungsfragen des § 87 BetrVG von grundsätzlicher Bedeutung hat das BAG einerseits ausgeführt, die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen habe für die Auslegung der Mitbestimmungsrechte keine Bedeutung mehr²⁸¹, andererseits aber hat das Gericht - mit einer noch zu erörternden Ausnahme²⁸² - die Entscheidung über lohnpolitische Fragen von der Mitbestimmung des Betriebsrates ausgenommen. Die BAG-Rechtsprechung vollzieht damit im Rahmen von § 87 BetrVG nahezu ausnahmslos die Unterscheidung zwischen betriebspraktischen und lohnpolitischen Angelegenheiten, welche ihrerseits - bei einer entsprechenden Interpretation des § 77 Abs. 3 BetrVG - die Grundlage für die tatbestandliche Exklusivität zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG bildet. Das folgende Resümee der Grundsatzentscheidungen des BAG zu § 87 BetrVG bestätigt diese Aussage.

280 Im Beschluß vom 22.1.1980 (DB 80/1895) hat das BAG das Problem ausdrücklich offengelassen; die Tatsache, daß sich die Rechtsprechung überhaupt nur selten mit Fragen des § 77 Abs. 3 BetrVG zu befassen hat, bestätigt die Vermutung, daß in der Praxis Verstöße gegen diese Vorschrift häufig von allen Seiten ignoriert bzw. toleriert werden; vgl. oben S. 22 FN 52.

281 So z.B. BAG v. 13.3.1973 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werk-mietwohnungen LS 3 und Bl. 3, BAG v. 12.6.1975 DB 75/1560, BAG v. 8.3.1977 DB 77/1465.

282 Dazu unten Ziff. 6.3.5.

6.3.1 Mietzinsbildung bei Werkmietwohnungen

Der erste Fall, in dem sich das BAG nach Inkrafttreten des BetrVG'72 grundsätzlich mit dem veränderten Umfang der Mitbestimmungsrechte zu befassen hatte, betraf die Festlegung des Mietzinses für Werkwohnungen. Unter Aufgabe der Differenzierung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen hat der 1. Senat mit Beschluß vom 13.3.1973 entschieden²⁸³, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG beziehe sich auch auf die allgemeine Festsetzung der Grundsätze für die Mietzinsbildung bei Werkmietwohnungen im Rahmen der vom Arbeitgeber vorgegebenen finanziellen Dotierung.

Der Betriebsrat hat danach auch über die Geldseite mitzubestimmen, er kann jedoch den Arbeitgeber nicht zur Gewährung, Erhöhung oder Beibehaltung eines finanziellen Zuschusses zwingen²⁸⁴. Das vom BAG zuerkannte Mitbestimmungsrecht hat eindeutig materielle Qualität, nicht aber lohnpolitischen Charakter; es deckt sich somit im Ergebnis voll mit der hier vorgenommenen Abgrenzung²⁸⁵.

283 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werkmietwohnungen.

284 Übereinstimmend BRECHT § 87 Rdn. 28, DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 274, FRAUENKRON § 87 Anm. 37, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 211, GK-WIESE § 87 Rdn. 133 a, SCHAUB Handbuch S. 1194, Weiss § 87 Anm. 12 c; anderer Ansicht ERDMANN/JÜRGING/KAMMANN § 87 Rdn. 11, GIESE BB 73/199, LIEB ZfA 78/198.

285 Zur Begründung stellt das BAG in erster Linie auf eine Parallele zu § 88 Nr. 2 BetrVG ab; allein dieser Hinweis ist jedoch nicht zwingend, zumal der Komplex der Werkmietwohnungen durch das BetrVG'72 ja gerade aus dem Bereich der übrigen Sozialeinrichtungen herausgelöst wurde; Bedeutung erlangt § 88 Nr. 2 BetrVG für die hier gestellte Frage erst dann, wenn man in dieser Vorschrift die Bestätigung eines übergeordneten Grundgedankens erkennt (dazu oben 5.3.2 und unten 7.2.3.3).

6.3.2 Leistungsplangestaltung bei der betrieblichen Altersversorgung

Auf der gleichen Linie liegt die Abgrenzung, die das BAG im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung vorgenommen hat, wenn auch die Sachverhaltsgestaltungen auf diesem Gebiet ungleich vielschichtiger sind. In seinen Beschlüssen vom 12. Juni 1975²⁸⁶ hat der 3. Senat ausgeführt, daß Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, 'soweit sie nicht aus einem zweckgebundenen Sondervermögen gezahlt werden'²⁸⁷, zwar nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, wohl aber dem Mitbestimmungsstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterfallen²⁸⁸. Den Umfang des Mitbestimmungsrechts hat das BAG durch eine vierfache Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers eingegrenzt; danach kann der Arbeitgeber allein festlegen, ob und in welchem Umfang er Mittel zum Zwecke der betrieblichen Altersversorgung zur Verfügung stellt, welche Versorgungsform er wählt und welchen Personenkreis er begünstigt. Innerhalb dieses Rahmens anerkennt das BAG ein Mit-

286 AP Nr. 1, 2 und 3 zu § 87 BetrVG'72 Altersversorgung.

287 Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die aus einem zweckgebundenen Sondervermögen gewährt werden, hat das BAG in diesen Beschlüssen unter § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG subsumiert. In späteren BAG-Entscheidungen wurde im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG auf das Erfordernis eines zweckgebundenen Sondervermögens verzichtet mit der Folge, daß Sozialleistungen, die ansonsten § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zuzuordnen gewesen wären, als Anwendungsfälle des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG angesehen wurden, bis der 1. Senat mit Beschluß vom 9.12.1980 wieder zur ursprünglichen Abgrenzung zurückkehrte; vgl. dazu die Zusammenfassung dieser schwankenden Rechtsprechung nebst kritischer Anmerkung von MEISEL in SAE 81/187 ff.

288 Das BAG hat damit die zum BetrVG'52 vertretene Auffassung, wonach bei freiwilligen Arbeitgeberleistungen überhaupt kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gegeben sein sollte (so z.B. BAG v. 4.10.56 AP Nr. 4 zu § 611 BGB), aufgegeben.

bestimmungsrecht auch hinsichtlich der Leistungsplangestaltung²⁸⁹. Hier hat das BAG ebenfalls die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen aufgegeben²⁹⁰, ohne ein lohnpolitisches Mitbestimmungsrecht anzuerkennen. Lohnpolitischer (hier besser: versorgungspolitischer) Natur ist nicht nur die Entscheidung über den Gesamtaufwand der arbeitgeberseitigen Versorgungsleistungen, sondern gleichermaßen die (möglicherweise unterschiedlich gewichtete) Zuordnung dieser Mittel auf die einzelnen Arbeitnehmergruppen²⁹¹). Auch in bezug auf letztere, vom BAG nicht ausdrücklich behandelte Frage muß entgegen vielfach vertretener Auffassung²⁹² in folgerichtiger Fortführung der Leitgedanken der zitierten Entscheidungen ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht verneint werden²⁹³. Dieser Schluß liegt bereits aufgrund

-
- 289 Zutreffend bemerkt WIESE, die Literatur habe sich "trotz aller Kritik hinsichtlich der Begründung und der im einzelnen noch nicht zu übersehenden Konsequenzen der Entscheidung des BAG auf die dadurch geschaffene neue Rechtslage eingestellt" (GK § 87 Rdn. 135 o mit umfangreichen Nachweisen).
- 290 So ausdrücklich BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 unter B 1 der Entscheidungsgründe.
- 291 Zum versorgungspolitischen Charakter dieser Angelegenheit siehe auch SIEBER BB 76/367; Auseinandersetzung mit einer vergleichbaren Problematik unten Ziff. 6.3.4 S. 119.
- 292 Für ein uneingeschränktes Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Mittelverteilung HANAU BB 76/92, der aufbauend auf dieser (unhaltbaren) These die sog. "Topf-Theorie" verfißt (vgl. desweiteren BB 77/351 f.), wonach auch bei anderen entgeltwerten Leistungen die Bestimmung des Volumens mitbestimmungsfrei, die Verteilung dagegen mitbestimmungspflichtig sein soll; siehe auch die Ausführungen zur Verteilungsfrage bei KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 202 und LIEB ZfA 78/196 ff., deren Kritik sich bei zutreffender Auslegung von selbst erledigen würde.
- 293 Übereinstimmend im Grundsatz SIEBER BB 76/367 f., allerdings erscheint die dort nach zutreffendem Ansatz vorgenommene Grenzziehung zweifelhaft, denn auch die Entscheidungen über versicherungsmathematische Abschläge bei flexiblem Altersruhegeld sowie über die Gewichtung von Alters- und Invaliditätsversorgung sind eindeutig versorgungspolitischer Natur.

einer zusammenfassenden Betrachtung der Ausführungen des BAG zur Mitbestimmungsfreiheit der "Dotierung" einerseits und der Abgrenzung des Begünstigtenkreises andererseits²⁹⁴ nahe. Ferner läßt sich nur durch eine solche Auslegung die vom BAG ausdrücklich nicht gewollte Möglichkeit der Verschiebung der Zweckbestimmung von Altersversorgungsleistungen²⁹⁵ vermeiden. Schließlich erscheint die gegenteilige Auffassung schon deshalb unpraktikabel, weil der Arbeitgeber sie stets dadurch umgehen könnte, daß er für die einzelnen Personengruppen mitbestimmungsfrei jeweils gesonderte Versorgungswerke mit eigenen Dotierungsrahmen errichtet. Das BAG erkennt die Mitbestimmung hinsichtlich des Leistungsplanes ausdrücklich nur insoweit an, als dadurch nicht der Dotierungsrahmen und die Abgrenzung des begünstigten Personenkreises berührt werden²⁹⁶. Die verbleibenden Regelungsspielräume sind - ebenso wie bei der Mietzinsbildung für Werkmietwohnungen - sachbedingt sehr

294 BAG AP Nr. 1 a.a.O. unter B 6 b und B 6 d der Entscheidungsgründe.

295 Dazu BAG AP Nr. 1 a.a.O. unter B 6 d der Entscheidungsgründe.

296 Diese Ausführungen stehen nicht im Widerspruch zu den nachfolgenden Entscheidungsgründen (B 8 a), wo es heißt: "Will er (der Betriebsrat) erreichen, daß Leistungen für bestimmte Arbeitnehmergruppen verbessert werden, so muß er darlegen, wie der vom Arbeitgeber vorgegebene Dotierungsrahmen gewahrt werden kann; in der Regel wird das bedeuten, daß er Leistungskürzungen an anderen Stellen des Versorgungswerkes vorschlagen muß". Zum einen bedeutet "an anderen Stellen" nicht notwendig "bei anderen Arbeitnehmern" (so zutreffend SIEBER BB 76/367), zum anderen bezieht sich dieser Passus, wie der Kontext zeigt, wohl eher auf die Auslegung des § 75 BetrVG als auf den Umfang der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG; das BAG hat diese beiden Gesichtspunkte nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit voneinander getrennt.

eng²⁹⁷, jedoch keineswegs auf Null reduziert²⁹⁸.

Bei dieser Interpretation ist den Grundsatzbeschlüssen des BAG zur Mitbestimmung bei der betrieblichen Altersversorgung aus hiesiger Sicht im Ergebnis zuzustimmen, wenngleich sie in ihrer Begründung nicht voll zu überzeugen vermögen²⁹⁹ und

297 So auch die Feststellung von GUMPERT (BB 76/611), der ebenso wie LIEB (ZfA 78/199) darauf hinweist, der Betriebsrat sei durch diese Auslegung keineswegs jeglicher Einflußmöglichkeit beraubt, da § 75 BetrVG ihm ein Kontrollrecht gegen willkürliche Festlegungen des Arbeitgebers einräume; zu den Durchsetzungsmöglichkeiten der Rechte aus § 75 BetrVG siehe HANAU BB 76/93, ders. in Anm. zu BAG v. 18.3.76, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG'72 Bl. 6, RICHARDI Anm. zu BAG v. 12.6.75, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Altersversorgung Bl. 9, STEINDORFF Anm. zu BAG v. 12.6.75, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Altersversorgung Bl. 8.

298 Ein Akt der "Leistungsplangestaltung", der weder den Dotierungsrahmen noch die Abgrenzung des Begünstigtenkreises berührt, ist beispielsweise die Entscheidung darüber, ob unter Kürzung der nachfolgenden regelmäßigen Betriebsrenten höhere Übergangsleistungen im Zeitraum unmittelbar nach Eintritt des Versorgungsfalles gewährt werden.

299 Die Argumentation auf der Grundlage des mehrfach herangezogenen "Grundsatzes der Freiwilligkeit" gleicht einem Zirkelschluß und auch der Vergleich mit § 87 Abs. 1 Nr. 8 liefert für sich allein keine zwingende Begründung; das BAG argumentiert vielmehr in erster Linie vom Ergebnis her (vgl. AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Altersversorgung unter B der Entscheidungsgründe vor 1.: "Es leuchtet schon vom Ergebnis her nicht recht ein, warum Altersversorgung, die über Sondervermögen geleistet wird, mitbestimmungspflichtig, Direktzusagen und Versorgungszusagen durch Versicherungen dagegen mitbestimmungsfrei sein sollen"). In der Tat erscheint im Hinblick auf die Mitbestimmung eine einheitliche Behandlung aller Arten der betrieblichen Altersversorgung sachlich angemessen, das BAG versäumt es aber, diese Auslegung durch tragfähige allgemeine Grundsätze zu untermauern; GUMPERT (BB 76/605) meint sogar, die Entscheidungsgründe paßten insoweit nicht zur Gesetzesauslegung, sondern kämen einer Korrektur des Gesetzgebers sehr nahe.

daher in der Praxis einige Rechtsunsicherheit verursacht haben³⁰⁰.

6.3.3 Arbeitgeberzuschuß zu Kontoführungsgebühren bei bargeldloser Lohnzahlung

Zu dem Mitte der siebziger Jahre³⁰¹ akut gewordenen Problem der Kontoführungsgebühren bei bargeldloser Lohn- und Gehaltszahlung hat das BAG im Beschluß vom 8.3.1977³⁰² in Anlehnung an die Theorie von den "materiellen Annexbedingungen"³⁰³ ausgeführt, das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG beziehe sich bei bargeldloser Auszahlung der Arbeitsentgelte auch auf die hierdurch zwangsläufig entstehenden Gebühren³⁰⁴. Das Ergebnis leuchtet ein, denn über die Ein-

300 Vgl. auch die Anmerkung zum Referat von DIETERICH in BAV 76/28; auch die nachfolgenden BAG-Entscheidungen zur Mitbestimmung bei der betrieblichen Altersversorgung (BAG v. 18.3.76 und v. 13.7.78 AP Nr. 4 und 5 zu § 87 BetrVG'72 Altersversorgung) haben, ohne die Unsicherheiten im Grundsatz zu beseitigen, nur zu einigen Spezialfragen Klarheit gebracht.

301 Bis zu diesem Zeitpunkt hatten nahezu alle Kreditinstitute Kontoführungsgebühren eingeführt; dagegen spielte diese Frage zur Zeit der Entstehung des BetrVG'72 noch keine Rolle.

302 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Auszahlung = DB 77/1464.

303 Siehe dazu oben S. 11 mit FN 26 und 27.

304 Die Entscheidung hat in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden; im Ergebnis mit dem BAG übereinstimmend (z.T. bereits vorher, z.T. im Anschluß an die Entscheidung v. 8.3.77): FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 29, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 123, GOLA BB 75/46 f., GESTER/ISENHARDT RdA 74/82 FN 24, HANAU RdA 73/283, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 93 f., KLINKHAMMER Anm. zu BAG v. 8.3.77 EZA Nr. 6 zu § 87 BetrVG'72 Lohn und Arbeitsentgelt Bl. 63 ff., KONZEN ZfA 78/481, SCHAUB Handbuch S. 1188, WEISS § 87 Anm. 7 S. 249 f., WIEDEMANN/MOLL Anm. zu BAG v. 8.3.77 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Auszahlung Bl. 4 RS ff.; kritisch bzw. ablehnend dagegen: BLOMEYER Anm. zu LAG Düsseldorf v. 27.2.75 EZA Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Lohn und Arbeitsentgelt Bl. 9 ff., GK-WIESE § 87 Rdn. 90 b, HUBER DB 80/1643 ff., PETEREK SAE 78/142 ff.

führung der bargeldlosen Lohnzahlung kann nur dann umfassend unter Abwägung der Belange des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer (vgl. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG) entschieden werden, wenn hierbei auch die Kostenfrage berücksichtigt wird³⁰⁵. Auch diese Entscheidung darf nicht als eine Ausweitung der Mitbestimmung auf lohnpolitische Fragen fehlgedeutet werden. Das BAG hat die Mitbestimmung zutreffend auf die notwendigen, durch die Auszahlungsart kausal verursachten Kosten beschränkt. Es geht also nicht darum, daß der Arbeitnehmer über seinen Arbeitslohn hinaus weitere Leistungen erhält, sondern nur darum, daß ihm das Arbeitsentgelt ungeschmälert verbleibt³⁰⁶; der Arbeitgeber "bezahlt" lediglich für die Bereitschaft des Arbeitnehmers, einen vom rechtlichen Normalfall abweichenden Auszahlungsmodus zu akzeptieren³⁰⁷. Die Einbeziehung dieser Frage in die Mitbestimmung des Betriebsrates bedeutet auch keineswegs eine automatische Kostentragungspflicht des Arbeitgebers. In den bislang von der Rechtsprechung behandelten Fällen erfolgte der Übergang zur bargeldlosen Lohnzahlung stets auf Wunsch des Arbeitgebers³⁰⁸. Würde dagegen in einem Betrieb, der eher für Barauszahlung

305 Insoweit - für Fälle eines vom Arbeitgeber initiierten Übergangs zur bargeldlosen Lohnzahlung - zustimmend auch HUBER (a.a.O.) trotz seiner i.ü. kritischen Grundhaltung.

306 So ausdrücklich BAG a.a.O. unter II/2 der Entscheidungsgründe (AP Bl. 2 RS); ebenso GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 123, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 94.

307 Zum Teil wird zur Begründung der Kostentragungspflicht des Arbeitgebers auf § 270 BGB hingewiesen (BAG a.a.O. und FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 29); von anderer Seite wird dem entgegengehalten, die Vorschrift betreffe nur die Kosten der Überbringung, nicht aber die der Entgegennahme (so GK-WIESE § 87 Rdn. 90 b); auf diese Streitfrage kann es indes nicht entscheidend ankommen; sicher ist jedenfalls, daß die Barzahlung der rechtliche Regelfall (vgl. auch § 115 GewO) und die Überweisung die (ausdrücklich oder konkludent) zu vereinbarende Ausnahme ist (vgl. dazu auch BGH NJW 53/446).

308 Darauf weist zutreffend HUBER (DB 80/1644) hin.

geeignet ist³⁰⁹, dem Arbeitgeber im Interesse und auf Initiative der Arbeitnehmer bargeldlose Entgeltzahlung aufgewungen, so wäre es unbillig, ihn auch noch mit den hierdurch den Arbeitnehmern entstehenden Kosten zu belasten³¹⁰.

Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß auch in dieser Frage kein Widerspruch zwischen der hier vertretenen Auffassung und der BAG-Rechtsprechung besteht, wobei es, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, des Rückgriffs auf den vagen Begriff der "materiellen Annexbedingungen" nicht bedurft hätte.

6.3.4 Betriebliche Lohngestaltung; insbesondere Vergütungsregelungen für AT-Angestellte

Im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat das BAG in ständiger Rechtsprechung übereinstimmend mit der in der Lehre vorherrschenden Auffassung eine Differenzierung zwischen Lohnhöhe und Lohnfindung vorgenommen³¹¹. Praktische Auswirkungen hat diese Unterscheidung in erster Linie dort, wo typischerweise tarifliche Vergütungsregelungen nicht bestehen. Daher kann es nicht verwundern, daß sich der Meinungsstreit insbesondere im Zusammenhang mit Regelungen über die Vergütung für außertarifliche Angestellte (sog. "AT-Angestellte") zuspitzte. Fragen betreffend diesen Personenkreis, der einer-

309 Dieses dürfte in erster Linie für kleinere Betriebe des Einzelhandels mit relativ hohem Bargeldumlauf gelten.

310 In diesem Punkt ist der Kritik von HUBER (DB 80/1644) zuzustimmen; auch ist nicht auszuschließen, daß sich die Problematik bei weiter fortschreitender Entwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs in einigen Jahren nochmals anders darstellen mag.

311 Vgl. außer den oben besprochenen Entscheidungen zur betrieblichen Altersversorgung und der Entscheidung zur nachfolgend zu behandelnden Problematik insbes. BAG v. 10.7.79 DB 79/2497 f. (betr. Prämienwettbewerb), BAG v. 9.12.80 DB 81/735 (betr. Arbeitgeberdarlehen) und BAG v. 17.12.80 SAE 81/251 ff. (betr. Widerruf von Zulagen).

seits aufgrund seiner Qualifikation nicht vom persönlichen Geltungsbereich der Tarifverträge erfaßt wird, andererseits noch nicht die Kriterien für leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt³¹², haben in den vergangenen Jahren ein weites bis dahin wenig erschlossenes³¹³ Betätigungsfeld sowohl für die Betriebsräte - namentlich in Großbetrieben³¹⁴ - als auch für die Autoren der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur³¹⁵ eröffnet. Neben der hier nicht weiter zu er-

312 So die gängige Definition der AT-Angestellten; vgl. schon BAG v. 18.9.73 DB 74/143, BAG v. 28.5.74 DB 74/1914. GAUL (BB 78/764 ff.) unterscheidet demgegenüber zwischen "geborenen" und "gekorenen" AT-Angestellten; während unter ersterer Bezeichnung die vom persönlichen Geltungsbereich der Tarifregelungen ausgenommenen Angestellten verstanden werden, soll letzterer Begriff diejenigen Angestellten kennzeichnen, mit denen einzelvertraglich ein AT-Status vereinbart worden ist; aus Sicht des Tarifrechts handelt es sich jedoch nur bei dem von Gaul als "geborene AT-Angestellte" bezeichneten Personenkreis um echte AT-Angestellte.

313 Die Problematik hat sich erst einige Zeit nach Inkrafttreten des BetrVG'72 aktualisiert, nachdem die Rechtsprechung zu § 5 Abs. 3 BetrVG in vielen Betrieben zu einer Reduzierung der Zahl der leitenden Angestellten und damit gleichzeitig zu einem Anstieg der Zahl der AT-Angestellten geführt hat (vgl. zu diesem Gesichtspunkt JANERT DB 76/243).

314 Dort (in Großbetrieben) besteht auch aus Arbeitgebersicht regelmäßig ein Bedürfnis für die Festlegung genereller Rahmenbedingungen der AT-Vergütung, wodurch das AT-Verhältnis - so JANERT a.a.O. - einen "kollektiven Beigeschmack" erhält; als praktische Beispiele aus der deutschen Industrie werden insbesondere Regelungen der Firmen BASF, AEG, Hoesch, Philips und Ford genannt (vgl. dazu CONZE DB 78/490, insbesondere FN 5a).

315 Von den zahlreichen Abhandlungen seien beispielhaft nur folgende erwähnt: BICHLER DB 79/1939 ff., BITTER DB 79/695 ff., CONZE DB 78/490 ff., FÖHR AuR 75/353 ff., v. FRIESEN DB 80/Beil. 1, dies. AuR 80/367 ff., GAUL BB 78/764 ff., HENKEL/HAGEMEIER BB 76/1420 ff., HUNOLD DB 81/Beil. 26, LIEB ZfA 78/179 ff., REUTER Vergütung von AT-Angestellten 1979.

örternden Problematik des Einsichtsrechts des Betriebsrates in die Gehaltslisten der AT-Angestellten³¹⁶ betrifft die rechtliche Auseinandersetzung im wesentlichen drei Fragenkomplexe zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei Vergütungsregelungen für AT-Angestellte, und zwar zum einen, ob der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Bildung von Vergütungsgruppen im AT-Bereich hat, zum anderen, ob auch die Festlegung des Gehaltsunterschiedes zwischen der obersten Tarifgruppe und der untersten AT-Stufe der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt und schließlich, ob der Verlauf der Vergütungslinie, d.h. die isolierte Festlegung des prozentualen Abstandes zwischen den einzelnen AT-Gruppen, mitbestimmungspflichtig ist. Ferner wird in diesem Zusammenhang auch häufig die Frage des Ausschlusses betrieblicher Regelungsbefugnis durch "tarifliche Negativregelungen" diskutiert.

Das BAG hat mit Beschluß von 22.1.1980³¹⁷ entschieden, daß sich die Mitbestimmung des Betriebsrates auf die Strukturformen des Arbeitsentgeltes einschließlich ihrer näheren Vollziehungsformen, nicht aber auf die Festlegung der Entgelthöhe bezieht. Nach dieser Abgrenzung besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Definition der Kriterien der einzelnen Gehaltsgruppen im AT-Bereich³¹⁸; die Höhe der Vergütungssätze für die einzelnen AT-Gruppen unterliegt dagegen unabhängig davon, ob sie in absoluten Geldbeträgen oder in Form von Zuschlägen zum höchsten Tarifgehalt ausgewiesen

316 Dazu zuletzt BAG v. 30.4.81 DB 81/2131 und BAG v. 30.6.81 DB 81/2386; zur früheren Rechtsprechung vgl. insbesondere BAG v. 28.5.74 DB 74/1917.

317 AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG'72 Lohngestaltung = DB 80/1895 ff.

318 So auch FÖHR AuR 75/362, GAUL BB 78/766, HANAU BB 77/351, HENKEL/HAGEMEIER BB 76/1420, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 209.

wird, nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats³¹⁹. Die Frage, ob die isolierte Festlegung der Vergütungsabstände zwischen den AT-Gruppen untereinander mitbestimmungspflichtig ist, wurde vom BAG ausdrücklich offengelassen. In konsequenter Fortführung der Unterscheidung zwischen Lohnfindung und Lohnpolitik müßte auch insoweit ein Mitbestimmungsrecht verneint werden³²⁰, da die Frage, ob und in welchem Ausmaß bei Vergütungsgruppen mit unterschiedlichem Qualifikationsniveau Differenzierungen oder Nivellierungen angestrebt werden, eindeutig lohnpolitischen Charakter hat³²¹.

Das BAG hat sich, obgleich die Fragestellung im entschiedenen Fall nicht relevant werden konnte³²², auch mit denjenigen

319 Im Ergebnis insoweit übereinstimmend BICHLER DB 79/1941, LIEB Zfa 78/195, REUTER Vergütung von AT-Angestellten S. 33 ff., STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 177; a.A. im Hinblick auf die Anbindung an die oberste Tarifgruppe v. FRIESEN AuR 80/370; abweichend ferner all diejenigen, die generell für eine Mitbestimmung über die Lohnhöhe plädieren (dazu oben S. 45 f., FN 115).

320 Ebenso HUNOLD DB 80/Beil. 26 S. 5, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 211, LIEB Zfa 78/180, 203 f., REUTER Vergütung von AT-Angestellten S. 36 ff., WEBER SAE 81/120 ff.; anderer Ansicht HANAU BB 77/353, der auf der Grundlage der bereits im Ansatz verfehlten "Topf-Theorie" (vgl. dazu oben FN 292) ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Entgeltrelationen (Vergütungskurve) bejaht; ähnlich wie Hanau auch BICHLER DB 79/1941; das LAG Rheinland/Pfalz hatte als Vorinstanz in dem vom BAG entschiedenen Fall die Auffassung vertreten, der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliege auch die Bestimmung der "Vergütungsleitlinie"; was darunter im einzelnen zu verstehen sein soll, geht aus der Entscheidung nicht hervor.

321 Es geht insoweit auch nicht allein um Fragen der relativen Lohngerechtigkeit, da nicht die Differenzierungskriterien unterschiedlicher Vergütungen in Rede stehen, sondern die Vergütungsunterschiede selbst; zur vergleichbaren Problematik bei der betrieblichen Altersversorgung vgl. oben FN 291 mit dem dazugehörenden Text.

322 Systematisch richtig wäre es, zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein Mitbestimmungsrecht besteht, und erst dann zu untersuchen, ob der dem Grunde nach bestehenden Mitbestimmung durch die Sperrklauseln Grenzen gesetzt werden; wäre das BAG so vorgegangen, so hätte sich angesichts der Abgrenzung des Mitbestimmungstatbestandes die Frage der Sperrwirkung von "Negativregelungen" nicht gestellt (anders offenbar WEBER SAE 81/119, der die Prüfungsreihenfolge des BAG für "methodisch richtig" hält).

Literaturmeinungen auseinandergesetzt, die bei Vergütungsregelungen für AT-Angestellte von einem Ausschluß des Mitbestimmungsrechts aufgrund tariflicher "Negativregelung" ausgehen³²³. In den Entscheidungsgründen wird dazu ausgeführt, der Verzicht auf eine tarifliche Regelung könne unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine Sperrwirkung gegenüber Betriebsvereinbarungen auslösen³²⁴. Allein dieses Ergebnis erscheint auch von den hier festgestellten Normzwecken her zutreffend³²⁵. Wie bereits in anderem Zusammenhang erörtert wurde³²⁶, räumt weder § 77 Abs. 3 noch § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG den Tarifvertragsparteien das Recht ein, die Regelungskompetenz der Betriebspartner zu beschränken, ohne gleichzeitig eine eigene Sachregelung zu treffen³²⁷. Die Lehre von der Sperrwirkung tariflicher "Negativregelungen" stellt einen Widerspruch in sich dar³²⁸; entweder ist eine Tarifregelung bzw. Tarifübung

323 So insbes. CONZE DB 78/494, JANERT DB 76/243, LIEB ZfA 78/207 ff.

324 BAG a.a.O. unter II 2 a und b der Entscheidungsgründe.

325 Im Rahmen des § 77 Abs. 3 BetrVG kann der Verzicht auf eine Tarifregelung schon deshalb keine Sperrwirkung auslösen, weil insoweit der Tarifvertrag keine lohnpolitische Leitfunktion (s.o. S. 28 ff.) wahrnimmt; bei § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG verbietet sich die Annahme einer Sperrwirkung durch "Negativregelungen" aus dem Gesichtspunkt des lückenlosen Schutzprinzips (siehe dazu oben S. 17 und S. 87 ff.).

326 Oben Ziff. 4.2.3 S. 82 f. (insbesondere FN 213).

327 Im Ergebnis übereinstimmend BITTER DB 79/696, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 77 Rdn. 58 a, v. FRIESEN DB 80/Beil. 1 S. 15, dies. AuR 80/368, GK-THIELE § 77 Rdn. 89 c, GAUL Einigungsstelle S. 122 f. Rdn. 72, HANAU BB 77/351, HENKEL/HAGEMEIER BB 76/1421 f., KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 210, MOLL Tarifvorrang S. 73 ff., ders. Mitbestimmung beim Entgelt S. 135, PÜNNEL Einigungsstelle S. 117 f., REUTER Vergütung von AT-Angestellten S. 29 ff., STEGE/WEINSFACH § 77 Rdn. 12 und § 87 Rdn. 175, WEBER SAE 81/119, unklar BICHLER DB 79/1940 f.

328 WEBER (SAE 81/119) weist zutreffend darauf hin, daß es sich bei diesen Fällen in Wahrheit nicht um eine "Negativregelung", sondern um eine "Nichtregelung" handelt; ähnlich BITTER DB 79/696.

gegeben oder nicht - tertium non datur.

Bei zutreffender, mit den Grundsätzen der BAG-Entscheidung übereinstimmender Abgrenzung des Mitbestimmungstatbestandes wirkt sich die Ablehnung der Lehre von der Sperrwirkung tariflicher Negativregelungen ausschließlich im Bereich freiwilliger Betriebsvereinbarungen (§ 88 BetrVG) aus. Wollen Arbeitgeber und Betriebsrat einvernehmlich die Vergütungssätze für AT-Angestellte regeln, so sind ihnen keine Grenzen durch § 77 Abs. 3 BetrVG gesetzt. Diese Aussage gilt aber nur für die Gehaltsfestsetzung echter AT-Angestellter³²⁹, nicht dagegen für die Vereinbarung einer übertariflichen Entlohnung für Tarifangestellte³³⁰.

6.3.5 Leistungsbezogene Entgelte/Provisionen

Auch beim Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG haben sich Abgrenzungsstreitigkeiten vor allem in solchen Bereichen ergeben, in denen normalerweise keine Tarifregelung über die Entgelthöhe besteht. Die bislang einzigen Grundsatzentscheidungen des BAG zu § 87 Abs. 1 Nr. 11

329 Zur Definition siehe oben FN 312 mit dem dazugehörenden Text.

330 Richtig HANAU BB 77/351, ebenso auf der Grundlage seiner abweichenden Begriffsbildung GAUL BB 78/765 und Einigungsstelle S. 123 Rdn. 73; Einzelheiten dieser Abgrenzung hängen von der Umschreibung des persönlichen Geltungsbereichs im jeweiligen Tarifvertrag ab; während manche Tarifverträge nach oben offen sind und sogar bis in den Bereich der leitenden Angestellten hineinreichen, schließen andere Tarifverträge ausdrücklich die Angestellten mit einer über die höchste Tarifgruppe hinausgehenden Qualifikation vom persönlichen Geltungsbereich aus (vgl. dazu auch die zahlreichen Tarifvertragsauszüge bei v. FRIESEN DB 80/Beil. 1 S. 2 ff. sowie die Ausführungen von CONZE DB 78/490).

BetrVG betrafen die Festsetzung von Provisionssätzen³³¹. Im Beschluß vom 29.3.1977³³² hat das BAG die Unterscheidung von Lohnfindung und Lohnpolitik für den Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG durchbrochen und ausgeführt, bei der Festlegung der Sätze für Abschlußprovisionen bestehe ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auch hinsichtlich der Lohnhöhe. Zwar wird einschränkend dargelegt, die Mitbestimmung beziehe sich nur auf abstrakt generelle Regelungen zur Provisionshöhe, nicht aber auf die Höhe der Vergütung im konkreten Einzelfall, jedoch ändert das nichts an der lohnpolitischen Dimension des zuerkannten Mitbestimmungsrechts.

Die Entscheidung ist in der Literatur teils auf Zustimmung³³³ teils auf Ablehnung³³⁴ gestoßen. Kritiker beanstanden insbesondere die Oberflächlichkeit der Begründung und das Fehlen einer Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen³³⁵; selbst Befürworter der Entscheidung können diese Mängel nicht in Abrede stellen³³⁶. Zweifel bestehen schon

331 WESTHOFF (DB 80/1260) weist darauf hin, daß sich in Tarifverträgen nahezu keine Regelungen über Provisionsysteme finden.

332 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Provision = DB 77/1415.

333 Zustimmend insbes. FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 65, JAHNKE Anm. zu BAG v. 29.3.77 AR-Blattei D Betriebsverfassung Entscheidung 33 Bl. 6 RS ff., KLINKHAMMER AuR 77/363, MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 68 ff., STRIEDER BB 80/421, ZACHERT MitbGespr. 78/50.

334 Ablehnend z.B. BOLTEN DB 77/1650, GK-WIESE § 87 Rdn. 148 b, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 236, LIEB SAE 78/95 ff., LÖWISCH Anm. zu BAG v. 29.3.77 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Leistungslohn, SCHULZE-OSTERLOH Anm. zu BAG v. 29.3.77 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Provision, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 200.

335 Zur Unzulänglichkeit der Begründung insbes. LIEB SAE 78/95; vgl. auch BOLTEN (DB 77/1650) und SCHULZE-OSTERLOH (Anm. zu BAG v. 29.3.77 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Provision Bl. 7 RS).

336 JAHNKE (Anm. zu BAG v. 29.3.77 AR-Blattei a.a.O.) meint, die Entscheidung lasse "eine einwandfreie dogmatische Absicherung vermissen", KLINKHAMMER (AuR 77/366) und STRIEDER (BB 80/422) erkennen, daß jegliche Auseinandersetzung zur lohnpolitischen Problematik fehlt.

hinsichtlich der Einordnung der Abschlußprovision³³⁷ als "vergleichbares leistungsbezogenes Entgelt" i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Ohne daß diese Problematik hier umfassend erörtert werden kann, sei darauf hingewiesen, daß jedenfalls das Nichtvorhandensein einer definierbaren Normalleistung bei der Provision gegen die Vergleichbarkeit mit den typischen Fällen des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG spricht³³⁸. Selbst wenn man aber die vom BAG vorgenommene Auslegung insoweit noch für vertretbar hält, so sind doch die Ausführungen zu der hier besonders interessierenden Frage der Mitbestimmung hinsichtlich der Entgelthöhe derart knapp und dürftig, daß sie in keiner Weise zu überzeugen vermögen. An den Beginn seiner diesbezüglichen Erörterung stellt der 1. Senat den Hinweis auf die besonderen Belastungen des Leistungslöhners, der - wie bereits ausgeführt wurde³³⁹ - zur Begründung eines lohnpolitischen Mitbestimmungsrechts völlig ungeeignet ist und überdies sicher nicht in gleicher Weise für Provisionsverkäufer zutrifft. Aufbauend auf diese verfehlte Ausgangsüberlegung gelangt der Senat in nur wenigen Sätzen unter Berufung auf eine Außenseitermeinung³⁴⁰ ohne jegliche Auseinandersetzung mit dem in der Lehre geführten Meinungsstreit zur

337 Im Beschluß v. 29.3.77 hatte sich das BAG nur mit den Abschlußprovisionen zu befassen; die Frage der Anteils- und Leitungsprovisionen wurde ausdrücklich offengelassen und erst im Beschluß vom 28.7.81 (DB 81/2031) behandelt (dazu unten am Ende dieses Abschnitts).

338 Vgl. dazu GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 235, GK-WIESE § 87 Rdn. 148 b, LIEB SAE 78/95 f., LÖWISCH Anm. zu BAG v. 29.3.77 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Leistungslohn Bl. 32/33, SCHULZE-OSTERLOH Anm. zu BAG v. 29.3.77 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Provision Bl. 8 RS.

339 Dazu oben Abschnitt 4.1.2.5.1 S. 64.

340 Aus der umfangreichen Literatur zitiert das BAG allein den Aufsatz von GESTER/ISENHARDT (RdA 74/80 ff.); dieser Hinweis paßt schon deshalb nicht, weil diese Autoren - abweichend von der in der gleichen Entscheidung dargelegten Auffassung des BAG - für eine generelle, sich auch auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 erstreckende Mitbestimmung über die Lohnhöhe plädieren.

Bejahung einer Mitbestimmung über die Lohnhöhe. Die Entscheidung hat keinen Schlußpunkt unter die Diskussion setzen können³⁴¹; vielmehr hat sich der Meinungsstreit hiernach sogar noch verschärft. Wegen der Oberflächlichkeit seiner Begründung ist der Beschluß auch nicht als Tendenzwende anzusehen, sondern er muß eher als systemwidrige Fehlentscheidung gewertet werden. Es bleibt daher zu hoffen, daß das BAG alsbald Gelegenheit haben wird, seine Auffassung zur Mitbestimmung bei Abschlußprovisionen zu revidieren.

Zwar hatte sich das BAG bereits ein zweites Mal mit dem gleichen Sachverhalt, der der Entscheidung vom 29.3.77 zugrunde lag, zu befassen³⁴², es war jedoch dabei durch den Grundsatz der Selbstbindung des Revisionsgerichts gehindert, die eigene Entscheidung abzuändern. Jedenfalls aber hat das BAG - wie aus den Gründen dieser zweiten Provisionsentscheidung deutlich wird - die herbe Kritik, die sein früherer Beschluß erfahren hat, zur Kenntnis genommen; es hat ferner durch den Verzicht auf eine materiell-rechtliche Bestätigung seiner früheren Entscheidung³⁴³ bei gleichzeitiger Verneinung

341 Damit bestätigt sich die in der Anmerkung von LIEB (SAE 78/95) getroffene Feststellung, wonach "die Grundsatzentscheidung im Gegensatz zu ihrer kaum zu überschätzenden Bedeutung derart dürftig begründet ist, daß sie eine Befriedungsfunktion nur schwerlich zu erfüllen vermag".

342 Beschl. v. 28.7.81 - DB 81/2031.

343 Wenn das BAG die im Beschluß vom 29.3.77 vertretene Rechtsmeinung hätte aufrecht erhalten wollen, so wäre es in der Tat - wie HEUKING (DB 82/280) zutreffend bemerkt - angesichts der kontroversen Diskussion und der großen praktischen Bedeutung der Frage angebracht gewesen, die frühere Entscheidung durch zusätzliche Sachargumente zu stützen; stattdessen verwendet das BAG auf die formell-rechtliche Begründung erheblich größere Sorgfalt als auf die damalige materielle Entscheidung. Zwar wird im Beschluß vom 28.7.81 (a.a.O.) auch ausgeführt, das BAG habe seine "Rechtsauffassung über das Mitbestimmungsrecht bei Abschlußprovisionen zwischenzeitlich nicht aufgegeben", damit ist jedoch nur gemeint, daß seit dem 29.3.77 keine anderslautende Entscheidung ergangen ist; diese Äußerung kann daher nicht als Bestätigung der früheren Rechtsmeinung gewertet werden.

einer Mitbestimmung über die Provisionssätze bei der Anteils- und Leitungsprovision³⁴⁴ den Weg für einen Rückzug bereitet^{344a}. Bei konsequenter Fortführung der in dieser zweiten Entscheidung aufgestellten Grundsätze gelangt man auch bei der Abschlußprovision³⁴⁵ zu einem Ausschluß der Mitbestimmung über die Provisionshöhe³⁴⁶.

6.3.6 Gesamtbetrachtung

Der Überblick hat gezeigt, daß das Bundesarbeitsgericht in Schlüsselfragen des § 87 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats sowohl "formelle" als auch "materielle" Arbeitsbedingungen unterstellt hat, jedoch - mit einer Ausnahme - stets nur solche mit betriebsbezogenem Charakter; lohnpoli-

344 Hinsichtlich der Anteils- und Leitungsprovisionen bejaht das BAG zwar die "Leistungsbezogenheit", verneint jedoch die "Vergleichbarkeit" mit den leistungsbezogenen Entgelten des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG (vgl. Abschn. B III 2 ff. der Entscheidungsgründe); somit stellte sich in dieser Entscheidung nicht die Frage, ob aus § 87 Abs. 1 Nr. 11 eine Mitbestimmung über die Provisionshöhe herzuleiten ist.

344a Vgl. zu der sich in der Rspr. abzeichnenden Wende auch die nach Abschluß der vorliegenden Untersuchung ergangene Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 30.7.1982 (DB 82/1990 f.).

345 HEUKING (DB 82/281) meint, das BAG habe im Beschluß vom 28.7.81 (DB 81/2031) "obiter dicto" auch über die Abschlußprovision entschieden, da die Auffassung, die Leistungsbezogenheit rechtfertige "für sich allein" bereits die Subsumtion unter § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG, ausdrücklich aufgegeben wurde.

346 Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, daß das BAG im letzten Satz der Entscheidung (Abschnitt B III 5 der Entscheidungsgründe, DB 81/2033 r. Sp.) deutlich unterscheidet zwischen (mitbestimmungspflichtigen) "Geldfaktoren im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG" und (mitbestimmungsfreier) "unmittelbarer Bestimmung der Lohnhöhe".

tische Fragen hat das BAG wiederholt ausdrücklich und eindeutig von der erzwingbaren Mitbestimmung ausgenommen³⁴⁷. Selbst in der einzig abweichend entschiedenen Frage zeichnet sich - wie gesehen - eine Umkehr des BAG zur gemeinsamen Grundlinie der anderen Entscheidungen ab.

Wenngleich das BAG jeweils nur einzelfallbezogen argumentiert und keine Erörterungen darüber anstellt, ob Grenzen aller Mitbestimmungstatbestände durch übergeordnete Prinzipien vorgegeben sind, kann sich die hier vertretene Meinung - wenn man von dem rechtlich unhaltbaren und in seinem künftigen Bestand zweifelhaften ersten Provisionsbeschluß absieht - auf die Gesamtheit dieser Entscheidungen stützen. Die dort vorgenommene Tatbestandsabgrenzung bildet gemeinsam mit der oben dargestellten, aus dem Gesetzeszweck abgeleiteten Interpretation des § 77 Abs. 3 BetrVG die Grundlage für eine tatbestandliche Exklusivität zwischen § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG. Die Grenzlinie ist durch die Unterscheidung von lohnpolitischen und betriebspraktischen Angelegenheiten vorgezeichnet.

³⁴⁷ Dieses Prinzip wird durch eine Reihe weiterer BAG-Entscheidungen bestätigt; vgl. z.B. BAG v. 10.7.79 DB 79/2497 f. (keine Mitbestimmung über die Prämienhöhe bei betrieblichem Prämien-Wettbewerb), BAG v. 9.12.80 DB 81/735 (kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht über Zweckbestimmung und Gesamtaufwand für Arbeitgeberdarlehen), BAG v. 28.4.81 DB 81/1043 (keine erzwingbare Mitbestimmung über die Höhe von Prämien und Anerkennungen beim betrieblichen Vorschlagswesen).

7. ÜBERLEGUNGEN ZUR PRAKTIKABILITÄT/INITIATIVRECHT DES BETRIEBSRATES/VERFAHRENSRECHTLICHE FRAGEN

7.1 Sachzusammenhang und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen lohnpolitischen und betriebspraktischen Angelegenheiten

Es ist damit zu rechnen, daß die Praktikabilität der hier vorgenommenen Abgrenzung in Zweifel gezogen wird, zumal auch schon gegenüber der in Lehre und Rechtsprechung verbreitet befürworteten Differenzierung zwischen Lohnfindung und Lohnpolitik wiederholt eingewandt wurde, eine solche Unterscheidung lasse sich in der Praxis nicht durchführen³⁴⁸.

In der Tat mag die Grenzlinie zwischen betriebspraktischen und lohnpolitischen Fragen im Einzelfall schwer zu bestimmen sein. Fordert beispielsweise der Betriebsrat eine Änderung der Akkordsätze, so ist nicht ohne weiteres zu erkennen, ob hierdurch eine Korrektur des Berechnungsansatzes angestrebt wird oder ob das Ansinnen lohnpolitisch motiviert ist und in Wahrheit auf eine Änderung des Richtsatzes abzielt. Ebenso kann es bei Regelungen über Altersversorgungsleistungen, Kantinenpreise oder Mieten für Werkwohnungen mitunter schwierig sein, festzustellen, ob hierdurch lediglich die betriebliche Durchführung betroffen ist oder auch der finanzielle Dotierungsrahmen angetastet wird.

In diesen Fällen liegt die Problematik weniger im rechtlichen, als vielmehr im tatsächlichen Bereich. In rechtlicher Hinsicht ist die Grenze zwischen mitbestimmungspflichtigen und mitbestimmungsfreien Angelegenheiten eindeutig definierbar;

348 So vor allem HANAU BB 77/353 ("Man muß sich darüber klar sein, daß eine chemisch reine Abgrenzung überhaupt nicht möglich ist"); ebenso z.B. BITTER DB 79/698, CONZE DB 78/493, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 33; vgl. auch MOLL (Mitbestimmung beim Entgelt S. 185), der aber immerhin zutreffend bemerkt, daß allein der Hinweis auf Abgrenzungsschwierigkeiten die Ablehnung dieser Meinung nicht rechtfertigen kann.

sie im Einzelfall auszumachen, kann auf praktische Schwierigkeiten stoßen und möglicherweise umfassende Sachverhalts- und Kostenanalysen erforderlich machen. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten können jedoch nicht die Ablehnung der hier vertretenen Auffassung rechtfertigen. Deren Vorzug liegt ja gerade darin, daß sie überhaupt Maßstäbe für die Abgrenzung liefert. Der Verzicht auf jegliche Abgrenzungskriterien stellt keine diskutable Alternative hierzu dar.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere in den Fällen, in denen der Betriebsrat unter Berufung auf sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG eine betriebliche Regelung fordert, die ihrerseits eine lohn- bzw. unternehmenspolitische Vorentscheidung voraussetzt. In Lehre und Rechtsprechung wird diese Frage zumeist unter dem Gesichtspunkt des Initiativrechts des Betriebsrates behandelt, was an dieser Stelle eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Problematik erforderlich macht.

7.2 Initiativrecht des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten

7.2.1 Entwicklung und Gegenstand des Meinungsstreits

Während die weit überwiegende Meinung unter Geltung des BetrVG'52 davon ausging, daß das Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten stets auch ein Initiativrecht des Betriebsrates einschließe³⁴⁹, wurde diese Aussage nach In-

349 Für ein uneingeschränktes Initiativrecht in Angelegenheiten des § 56 BetrVG'52: DIETZ § 56 Rdn. 232, GALPERIN/SIEBERT vor § 56 Rdn. 2, HUECK/NIPPERDEY II/2 S. 1390 f., FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH § 56 Rdn. 3, NEUMANN-DUESBERG S. 473, NIKISCH ArbR III S. 365, SIEBERT RdA 58/162; einschränkend (für den Fall des Übergangs vom Zeitlohn zum Leistungslohn) HILGER in DIETZ/GAUL/HILGER S. 164 f.

krafttreten des BetrVG'72 zunehmend in Frage gestellt³⁵⁰, wobei sich allerdings die einschränkenden Meinungen sowohl in ihrer Begründung als auch hinsichtlich des Umfangs der Restriktion unterscheiden³⁵¹. Die Behandlung dieser Frage nimmt seit Jahren einen breiten Raum in der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ein. Der Ursprung des Meinungsstreits dürfte ebenfalls in der Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen zu finden sein; nachdem ein Mitbestimmungsrecht in materiellen Arbeitsbedingungen nach dem BetrVG'72 nicht mehr generell in Abrede gestellt werden konnte, hat sich die Auseinandersetzung weitgehend auf die Frage des Initiativrechts verlagert³⁵².

Die Diskussion leidet darunter, daß nicht deutlich gemacht wird, was unter "Initiativrecht des Betriebsrates" zu verstehen ist³⁵³. Jedenfalls kann es nicht nur um die Befugnis des Betriebsrates gehen, Maßnahmen beim Arbeitgeber anzu-

350 Für Einschränkungen des Initiativrechts in bestimmten Fällen: ADOMEIT BB 72/54, BOEWER DB 73/526 ff., DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 9, GK-WIESE § 87 Rdn. 43 ff., KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 24 ff., RAATZ DB 72/Beil. 1 S. 5 f., RÜTHERS ZfA 73/417 f., ders. Anm. zu LAG DÜSSELDORF/KÖLN v. 17.7.73 EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 20 f., WIESE Initiativrecht § 3 insbes. S. 37 ff., ZÖLLNER ArbR. S. 361; vgl. auch BISCHOFF Einigungsstelle S. 43.

351 Überblick über die verschiedenen Nuancierungen der einschränkenden Meinungen bei REUTER ZfA 81/168 ff.

352 Insoweit zutreffend erkannt von BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.74 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht S. 29 und GESTER/ISENHARDT (RdA 74/83).

353 WIESE (Initiativrecht S. 12) weist darauf hin, daß es keinen gesetzlich fixierten Inhalt des Initiativrechts gebe und daß der Begriff in Schrifttum und Rechtsprechung nicht in einheitlichem Sinne verstanden wird; vgl. auch REUTER ZfA 81/174 mit Hinweis auf das offenbar unterschiedliche Verständnis des Initiativrechts bei LIEB (ZfA 78/179 ff.), RÜTHERS (ZfA 73/399 ff.) und WIESE (Initiativrecht S. 26 ff.).

regen, denn diese ergibt sich als allgemeine Aufgabe bereits aus § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Ebenso wenig kann ein bloßes Vorschlagsrecht zur Bildung einer Einigungsstelle gemeint sein³⁵⁴, denn dieses besteht gem. § 76 Abs. 6 BetrVG in allen streitigen Regulationsangelegenheiten^{354a}. Schließlich hat auch die Frage, wann der Betriebsrat die Bildung einer Einigungsstelle gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen kann, eine gesetzliche Regelung durch § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG³⁵⁵ erfahren; danach ist die Prüfungskompetenz des Gerichts in Verfahren wegen Bestellung einer Einigungsstelle auf die Frage beschränkt, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats offensichtlich nicht besteht³⁵⁶, was in der Praxis dazu führt, daß Anträge auf Bildung einer Einigungsstelle nur in seltenen Fällen von den Arbeitsgerichten zurückgewiesen werden³⁵⁷.

Bei der Erörterung des Initiativrechts kann die Fragestellung

354 Sehr unpräzise daher die Umschreibung bei HANAU/ADOMEIT S. 111 ("Die Mitbestimmung nach § 87 gibt dem BR auch ein Initiativrecht, d.h. das Recht, eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme bei dem AG und im Streitfall bei der Einigungsstelle zu beantragen").

354a Vgl. GK-THIELE § 87 Rdn. 21 (unbeschränkte Zuständigkeit der Einigungsstelle bei Regulationsangelegenheiten in freiwilligen Einigungsverfahren).

355 Die Bestimmung wurde eingeführt durch Art. I Nr. 71 des Gesetzes zur Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens vom 21.5.79 (BGBl. I/545, 556).

356 Eine Auslegung in diesem Sinne wurde in der Literatur teilweise schon vor der Änderung des § 98 ArbGG vorgenommen, z.B. von DIETZ/RICHARDI § 76 Rdn. 15, DÜTZ AuR 73/361, FITTING/AUFFARTH/KAISER (12. Aufl.) § 76 Rdn. 11; die Rechtsprechung war in dieser Frage gespalten, vgl. einerseits LAG Hamm v. 11.5.76 DB 76/2070 und andererseits LAG Saarland v. 5.9.73 DB 73/2003.

357 So ist nach Ansicht des LAG Düsseldorf/Köln (Beschl. v. 28.1.81, DB 81/849) dem Antrag auf Bestellung eines Einigungsstellenvorsitzenden selbst dann zu entsprechen, wenn ein "hohes Maß an Wahrscheinlichkeit" gegen die Zuständigkeit der Einigungsstelle spricht.

demgegenüber nur lauten, ob in bestimmten sozialen Angelegenheiten eine Sachentscheidung nur auf Initiative des Arbeitgebers ergehen darf.

7.2.2 Historie und Teleologik

Der dem Mitbestimmungsrecht innewohnende Paritätsgedanke verlangt begriffsnotwendig eine gleich starke Rechtsposition von Arbeitgeber und Betriebsrat in allen der Mitbestimmung unterliegenden Angelegenheiten³⁵⁸. Eine Beschränkung des Initiativrechts des Betriebsrates wäre mit dieser Zielsetzung unvereinbar. Daher hat auch die im damaligen Oppositionsantrag³⁵⁹ enthaltene Differenzierung zwischen Initiativ- und Vetorechten keinen Eingang in § 87 BetrVG gefunden³⁶⁰, während das Gesetz an anderer Stelle, wie durch einen Vergleich von § 95 Abs. 1 und § 95 Abs. 2 BetrVG deutlich wird, durchaus zwischen bloßen Vetorechten und vollen, die Initiative des Betriebsrates einschließenden Mitbestimmungsrechten unterscheidet.

Angesichts der Eindeutigkeit des legislatorischen Zweckes und der gesetzsgeschichtlichen Entwicklung erscheint jég-

358 Der Paritätsgedanke wird auch von einigen der Autoren, die für eine Beschränkung des Initiativrechts plädieren, angeführt, wodurch deren Argumentation widersprüchlich erscheint; vgl. z.B. KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 22, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 19.

359 Vgl. §§ 28 ff. des CDU/CSU-Entwurfs (BT-Drucks. VI/1806) sowie die ablehnende Stellungnahme dazu im Ausschußbericht (zu BT-Drucks. VI/2729 S. 4).

360 Vgl. zu diesem rechtshistorischen Gesichtspunkt FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 3, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 27, RUMPF AuR 72/71, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/63 (dort FN 86); demgegenüber meint RÜTHERS (ZfA 73/421), die Entstehungsgeschichte des § 87 BetrVG liefere kein Argument gegen eine teleologische Reduktion der Initiativrechte im dort vertretenen Umfang.

liche Beschränkung des Initiativrechts des Betriebsrates im Rahmen des § 87 BetrVG rechtlich unhaltbar³⁶¹. Wie nachfolgend dargelegt wird, besteht bei exakter Auslegung der Mitbestimmungstatbestände auch kein Bedürfnis für die von der Gegenmeinung geforderte Restriktion des Initiativrechts.

7.2.3 Grenzen der Mitbestimmungstatbestände

Bei der hier befürworteten uneingeschränkten Bejahung des Initiativrechts des Betriebsrates in Angelegenheiten der sozialen Mitbestimmung besteht eine völlige Kongruenz zwischen Mitbestimmung, Initiativrecht und Entscheidungskompetenz der Einigungsstelle. Das Initiativrecht kann nicht enger gefaßt werden und auch nicht weiter gehen als das Mitbestimmungsrecht³⁶². Ansatzpunkt für die Prüfung, ob der Betriebsrat eine betriebliche Regelung gegen den Willen des

361 Für eine Kongruenz von Mitbestimmungs- und Initiativrecht in sozialen Angelegenheiten: AUFFARTH AR-Blattei D Betriebsverfassung XIV B II 1 a, BADURA WiR 74/21 ff., BIRK Anm. zu BAG v. 14.11.74 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht S. 29 ff., BISCHOFF Einigungsstelle S. 43, BRECHT § 87 Rdn. 9, FARTHMANN RdA 74/68 f., FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 3, FÖHR AuR 75/357, v. FRIESEN DB 80/Beil. 1 S. 12 ff., GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 26 ff., GESTER/ISENHARDT RdA 74/86, GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER § 87 Anm. 1, HANAU/ADOMEIT ArbR S. 111, LÖWISCH DB 73/1750, RUMPF AuR 72/71, SÄCKER ZfA-Sonderheft 72/63, SCHLÜTER DB 72/143, WEISS § 87 2 c aa S. 241; das BAG spricht sich im Prinzip auch für ein volles Initiativrecht in allen Fällen des § 87 BetrVG aus (grundlegend BAG v. 14.11.74 DB 75/647), es hat allerdings die Frage offengelassen, ob ein Initiativrecht (besser: Mitbestimmungsrecht) auch dann besteht, wenn die Lohn- und Absatzpolitik berührt wird (vgl. dazu auch SCHLÜTER ZfA 75/466).

362 In letzterem Punkt besteht Einhelligkeit, vgl. z.B. GK-WIESE § 87 Rdn. 43, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 24, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 20, WIESE Initiativrecht S. 30.

Arbeitgebers durchsetzen kann, ist also nicht das Initiativrecht, sondern der Umfang des gesetzlichen Mitbestimmungstatbestandes³⁶³. Hierbei wird jedoch häufig übersehen, daß gerade in solchen Fällen, in denen die Regelung mitbestimmungspflichtiger Fragen eine lohn- bzw. unternehmenspolitische Vorentscheidung voraussetzt, einem auf Antrag des Betriebsrates ergehenden Spruch der Einigungsstelle eine andere Dimension und eine andere Rechtsqualität zukommen kann als bei einer vom Arbeitgeber initiierten Regelung. Die folgenden Beispiele mögen das verdeutlichen.

7.2.3.1 Unternehmerische Planungsfreiheit

Oben wurde bereits ausgeführt, daß das BetrVG dem Betriebsrat keine erzwingbaren Mitbestimmungsrechte im Bereich unternehmerischer Planungs-, Organisations- und Leitungsentscheidungen zuweist³⁶⁴; ein Vergleich der §§ 87 und 106 ff.

363 In der Literatur besteht vielfach Unklarheit über das Verhältnis von Initiativ- und Mitbestimmungsrecht (richtig erkannt von REUTER ZfA 81/174), was sich insbesondere dadurch zeigt, daß zur Begründung von Einschränkungen des Initiativrechts Argumente vorgetragen werden, die sich allenfalls auf die Mitbestimmung als solche beziehen können; so wertet LIEB (ZfA 78/184) die Entscheidungen des BAG zur Mitbestimmungsfreiheit des Versorgungsrahmens bei der betrieblichen Altersversorgung (s.o. FN 286) als Beispiel für die Inkongruenz von Mitbestimmung und Initiativrecht, während es sich hierbei in Wahrheit um den Ausschluß des Mitbestimmungsrechts hinsichtlich versorgungspolitischer Vorentscheidungen handelt; zu Unrecht werden auch die Sperrklauseln der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einl. BetrVG als Fälle gesetzlicher Beschränkungen des Initiativrechts zitiert (BOEWER DB 73/524 ff., KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 24, vgl. auch GK-WIESE § 87 Rdn. 43, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 20), denn nach den festgestellten Normzwecken lassen sich aus keiner der beiden Vorschriften Argumente für ein Auseinanderklaffen von Mitbestimmungs- und Initiativrecht herleiten.

364 S.o. S. 101 f., sowie GAUL Einigungsstelle S. 83 und WIESE Initiativrecht S. 38.

BetrVG läßt diese grundlegende gesetzgeberische Wertung deutlich erkennen³⁶⁵. Insbesondere kann der Unternehmer alleinverantwortlich das Produktionsprogramm festlegen und ändern. Der Betriebsrat hat insoweit lediglich Informations- und Mitberatungsrechte, jedoch keine der sozialen Mitbestimmung entsprechenden Mitentscheidungsbefugnisse³⁶⁶; stärkere Beteiligungsrechte setzen erst bei der Regelung der betrieblichen Folgewirkungen ein³⁶⁷.

So kann der Unternehmer z.B. bei einem kurzfristigen Nachfrageanstieg einseitig eine Produktionserhöhung beschließen. Will er diese aber mittels Anordnung von Überstunden (z.B. durch Sonderschichten) durchsetzen, muß er das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG beachten. Gegenstand der Mitbestimmung ist allerdings nicht die Entscheidung über das Produktionsvolumen selbst, sondern nur deren betriebliche Durchführung unter Abstimmung mit den sozialen Belangen der Arbeitnehmer^{367a}.

Es geht also nicht darum, ob die Anhebung der Produktionszahlen wirtschaftlich sinnvoll ist, sondern darum, ob es unter Abwägung der betrieb-

365 Die unternehmerische Freiheit als solche stand in keiner Phase des Gesetzgebungsverfahrens in Zweifel; vgl. z.B. die Äußerungen des damaligen Bundesarbeitsministers ARENDT sowie der Abgeordneten SPITZMÜLLER und SCHELLENBERG während der parlamentarischen Beratungen (abgedruckt in "Zur Sache" I/72 S. 175, 180, 189); siehe ferner die Hinweise bei RÜTHERS ZfA 73/418 f. und WIESE Initiativrecht S. 38.

366 Zumindest mißverständlich daher RÜTHERS ZfA 73/418 ("Der Betriebsrat nimmt dadurch - gemeint ist die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3, 10, 11 BetrVG - teil an der wirtschaftlichen und unternehmenspolitischen Entscheidung des Arbeitgebers als Unternehmer").

367 Vgl. DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 9, GK-WIESE § 87 Rdn. 44, LIEB ZfA 78/185 f., WIESE Initiativrecht S. 46.

367a Die Mitbestimmung bei vorübergehenden Arbeitszeitverlängerungen bezweckt in erster Linie den Schutz der Arbeitnehmer vor physischer Überanstrengung und übermäßigem Freizeitverlust (vgl. auch JÜLICHER ZfA 80/197).

lichen und der arbeitnehmerseitigen Belange gerechtfertigt ist, die beschlossene Produktionserhöhung gerade in dieser Weise zu verwirklichen³⁶⁸.

Fordert dagegen der Betriebsrat - etwa um der Belegschaft die Möglichkeit eines Mehrverdienstes zu eröffnen - Überstunden in Produktionsbereichen, so beansprucht er damit gleichzeitig eine Mitentscheidung über das Produktionsvolumen. Eine im Streitfall vom Betriebsrat einseitig angerufene Einigungsstelle³⁶⁹ würde bei antragsgemäßigem Spruch zwangsläufig in die unternehmerische Planungsfreiheit eingreifen³⁷⁰ und in einem Akt zwei Entscheidungen treffen, nämlich einmal über das Produktionsprogramm und zum anderen über dessen betriebliche Durchführung. Da jedoch erstere Entscheidung nicht vom Mitbe-

368 Je nach Lage des Einzelfalles können natürlich die entgegenstehenden Arbeitnehmerbelange so gewichtig sein, daß der Antrag des Arbeitgebers auf Überzeitarbeit voll zurückzuweisen ist; die unternehmerische Planung ist jedoch dadurch nicht gänzlich blockiert, vielmehr bleibt es dem Arbeitgeber/Unternehmer unbenommen, die beschlossene Produktionserhöhung auf andere Weise zu verwirklichen, z.B. durch (befristete) Neueinstellungen, Einsatz von Leiharbeitnehmern, Vergabe von Aufträgen an Fremdfirmen, interne Umverteilung etc.

369 Wenn das Begehren des Betriebsrates eindeutig auf eine Änderung des Produktionsumfangs abzielt, könnte bereits im Bestellungsverfahren nach § 98 ArbGG die Errichtung der Einigungsstelle abgelehnt werden; andererseits sind selbst im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Fälle denkbar, in denen eine Initiative des Betriebsrats nicht in das Produktionsprogramm eingreift (vgl. unten FN 372), so daß nicht von vornherein ohne zumindest summarische Prüfung in Fällen des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Bestellung einer Einigungsstelle auf einseitigen Antrag des Betriebsrates verweigert werden kann.

370 Der von BIRK (Anm. zu BAG v. 14.11.74 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht Bl. 31), REUTER (ZfA 74/288, SAE 76, 16 und ZfA 81/181) und WIESE (GK § 87 Rdn. 143 b und Initiativrecht S. 61 ff.) vorgebrachte Einwand, der Arbeitgeber könne eine unerwünschte Mehrproduktion durch Personalabbau beseitigen, erscheint sachfremd und praxisfern und ändert zudem nichts daran, daß zunächst einmal ein Eingriff in die unternehmerische Planungsfreiheit vorliegt.

stimmungsrecht gedeckt ist, läge insoweit eine Kompetenz-
 überschreitung vor³⁷¹. Im Ergebnis darf also die Einigungs-
 stelle bei einer solchen Sachverhaltskonstellation dem An-
 trag des Betriebsrats nicht stattgeben³⁷²; der Grund hierfür
 liegt jedoch nicht in einer Beschränkung des Initiativrechts³⁷³,
 sondern in der Mitbestimmungsfreiheit der unternehmerischen
 Vorentscheidung³⁷⁴.

Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß im
 erstgenannten Beispiel die mitbestimmungsfreie unternehmerische
 Festlegung des Produktionsumfanges bereits im Vorfeld der
 betrieblichen Überstundenverhandlungen erfolgt ist, während
 beim zweiten Sachverhalt gerade auch diese Frage zum Gegen-
 stand des betrieblichen Einigungsverfahrens gemacht wird.
 Eine vergleichbare Problematik kann sich auch im Bereich der
 betrieblichen Lohngestaltung ergeben. Im Schrifttum wird
 insbesondere der Fall des Übergangs vom Zeitlohn zum Akkord-
 lohn diskutiert, wobei im Ausgangspunkt Einigkeit darüber

371 Vgl. auch NEYSES BlStSozArbR 77/181 f., WIESE Initiativ-
 recht S. 44.

372 Das gilt jedenfalls für den Regelfall betriebsrätlicher
 Initiativen im Bereich von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, in
 Einzelfällen mag sich die Rechtssituation jedoch ab-
 weichend darstellen; so ist z.B. in dem von REUTER (ZfA
 81/186) geschilderten Beispiel - Mehrarbeit zwecks Abbau
 unzumutbaren Arbeitsdrucks bei termingebundenem Auftrag -
 eine Betriebsratsinitiative ohne Eingriff in die unter-
 nehmerische Produktionsplanung denkbar; freilich würden
 hierdurch höhere Kosten verursacht, jedoch bildet dieser
 Umstand keine absolute Mitbestimmungsgrenze, sondern
 lediglich einen im Rahmen der nach § 76 Abs. 5 Satz 3
 BetrVG vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigenden
 Gesichtspunkt (dazu auch unten FN 379).

373 So aber z.B. ADOMEIT BB 72/54, BOEWER DB 73/522, DIETZ/
 RICHARDI § 87 Rdn. 9, GK-WIESE § 87 Rdn. 79 c, KAMMANN/
 HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 86, NEYSES BlStSozArbR 77/
 181, STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 21, 78, WIESE Initiativ-
 recht S. 42 ff.

374 Vgl. auch DÜTZ DB 72/388, REUTER ZfA 81/174 ff.

besteht, daß diese Frage dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegt³⁷⁵. Da jedoch die Umstellung auf Akkordentlohnung erfahrungsgemäß zu einer Mehrproduktion führt, wären auch hier die unternehmerische Planungsfreiheit tangiert und die Grenzen des Mitbestimmungsrechts überschritten, wenn auf Antrag des Betriebsrats gegen den Willen des Arbeitgebers der Wechsel im Entlohnungssystem und damit gleichzeitig eine Veränderung des Produktionsprogramms durchgesetzt würden³⁷⁶. Ebenso könnte eine gegen den Willen des Arbeitgebers eingeführte Provisionsentlohnung zu einer Verschiebung der absatzpolitischen Gewichtung und somit zu einem vom Mitbestimmungstatbestand nicht abgedeckten Eingriff in die unternehmerische Freiheit führen³⁷⁷.

7.2.3.2 Lohnpolitische Vorentscheidungen

Der Lösungsansatz ist der gleiche in solchen Fällen, in denen die mitbestimmungspflichtige betriebliche Regelung von

375 Z.B. DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 284, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 55, GALPERIN/LÖWISCH § 87 Rdn. 220; vgl. auch BAG v. 14.11.74 DB 75/647, zum BetrVG'52 bereits BAG v. 17.12.68 AP Nr. 27 zu § 56 BetrVG'52.

376 Verschiedene Befürworter einer teleologischen Restriktion des Initiativrechts stützen ihre Meinung auf die gleiche Überlegung, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 213, RÜTHERS ZfA 73/420, ders. Anm. zu LAG Düsseldorf v. 17.7.73 EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht Bl. 13 ff., STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 20; ebenso LAG Düsseldorf v. 17.7.73 BB 73/1169 (aufgehoben durch BAG v. 14.11.74 DB 75/647, jedoch ohne Auseinandersetzung mit diesem Sachargument); vgl. auch BADURA WiR 74/23, LÖWISCH DB 73/1750, RICHARDI ZfA 76/41 ff.

377 Dazu LÖWISCH ZHR 75/372 mit anschaulichen Beispielen.

einer lohnpolitischen Vorentscheidung abhängt³⁷⁸. Zwar unterliegt die Regelung der eigentlichen Arbeitsentgelte nicht unternehmerischer Alleinentscheidung, sondern (einzel- oder kollektiv-) vertraglicher Regelung, jedoch bestehen auch insoweit, wie bereits ausführlich dargelegt wurde, keine erzwingbaren Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats³⁷⁹. Mit- hin kann über die lohnpolitische Vorfrage nicht in einem einseitig eingeleiteten Einigungsverfahren verbindlich mit- entschieden werden.

Ist z.B. die Einführung eines Leistungslohnsystems nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vereinbart worden, so gilt es, unter Wahrung des Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 11 den Berechnungsansatz des Leistungslohns festzusetzen. Das wieder-

378 Die in diesem und im vorangegangenen Abschnitt behandel- ten Gesichtspunkte werden zuweilen nicht sauber voneinander getrennt (Beispiel STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 21); der Ausschluß der Lohnpolitik aus der erzwingbaren Mitbe- stimmung ergibt sich aus anderen Überlegungen als die Mitbestimmungsfreiheit von Unternehmensleitungsentschei- dungen; nach hier vertretener Auffassung folgt ersteres aus dem Verhältnis von betrieblicher Mitbestimmung und tariflicher Regelungsmacht (§§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 BetrVG), während letzteres u.a. aus einem Vergleich zwischen Betriebs- und Unternehmensmitbestimmung abge- leitet werden kann (vgl. dazu auch oben Ziff. 5.4 S. 99 ff.).

379 Mitbestimmungsfreiheit der Lohnpolitik bedeutet jedoch nur Ausschluß der Mitbestimmung bezüglich der unmittel- baren Bestimmung der beiderseitigen Leistungspflichten, nicht dagegen kann eine absolute Kostenneutralität der Mitbestimmung gefordert werden; Kostenbelastungen, die als Folge betriebspraktischer Regelungen entstehen (vgl. die Beispiele bei MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 179 f. und WIESE Initiativrecht S. 36 f.), können im Rahmen der nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG vorzunehmenden Abwägung eine Rolle spielen, sie bilden jedoch keine generelle Schranke für das Mitbestimmungsrecht (im Er- gebnis insoweit übereinstimmend LAG Düsseldorf v. 17.7.73 BB 73/1169, BADURA WiR 74/21 ff., GK-WIESE § 87 Rdn. 43, LÖWISCH DB 73/1750, MOLL a.a.O., RICHARDI ZfA 76/44, RÜTHERS ZfA 73/420, WIESE a.a.O.; demgegenüber plädieren BOEWER DB 73/527, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 26 und STEGE/WEINSPACH § 87 Rdn. 21 für eine Beschränkung des Initiativrechts bei kostenverursachenden Regelungen).

um setzt eine Regelung des Richtsatzes voraus, die nach oben Gesagtem nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt³⁸⁰ und daher im Einigungsverfahren nicht einseitig erzwungen werden kann. Das bedeutet jedoch regelmäßig nicht, daß bei Fehlen einschlägiger tariflicher oder betrieblicher Richtsatzklauseln keine Regelung über die Entgelthöhe besteht, vielmehr hat der Richtsatz beim Wechsel von Zeitentlohnung zum Leistungslohn mangels anderweitiger Vereinbarung dem früheren Zeitlohnsatz zu entsprechen³⁸¹. Wer demgegenüber einwendet, der Leistungslöhner müsse schon wegen der erhöhten Anstrengung ein angemessenes zusätzliches Entgelt erhalten³⁸², fordert im Grunde genommen etwas Selbstverständliches, denn die Möglichkeit, für höhere Leistung ein höheres Entgelt zu verdienen, ist jedem Leistungslohnsystem immanent³⁸³. Wenn aber verlangt wird, der Leistungslöhner solle bereits bei Normalleistung mehr verdienen als im Zeitlohn, so wird damit der Wechsel des Entlohnungssystems zum Anlaß für die Forderung nach einer Lohnerhöhung genommen. Daß diese nicht vom Mitbestimmungsrecht gedeckt ist, braucht an dieser Stelle nicht nochmals ausgeführt zu werden.

Ebenso eindeutig ist, daß die nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmungspflichtige Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen erst dann erfolgen kann, wenn eine einschlägige Regelung über die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit, die ihrerseits nicht Gegenstand der Mitbestimmung ist, vorliegt.

380 S.o. Abschnitt 4.1.2 (insbes. Ziff. 4.1.2.9).

381 Vgl. RICHARDI ZfA 76/32 f.

382 So HANAU RdA 73/286 f.

383 Zutreffend RICHARDI ZfA 76/32.

7.2.3.3 Fazit

Die aufgezeigten Beispiele lassen erkennen, daß die Diskussion über das Initiativrecht des Betriebsrates letztlich nur ein Scheinproblem betrifft. In allen Fällen steht bei zutreffender Betrachtung nicht das Initiativrecht des Betriebsrates in Frage, sondern das Mitbestimmungsrecht als solches³⁸⁴.

Den geschilderten Sachverhalten ist gemeinsam, daß sich der Entscheidungsprozeß in verschiedenen Phasen und auf verschiedenen Ebenen vollzieht; zum einen geht es um unternehmerische oder lohnpolitische Entscheidungen, zum anderen um deren betriebliche Durchführung. Bei solchen Konstellationen kann man dem gesetzlichen Mitbestimmungskonzept nur dann gerecht werden, wenn man jede dieser Entscheidungsphasen einer gesonderten rechtlichen Beurteilung unterzieht und so die mitbestimmungsfreien Vorentscheidungen von den mitbestimmungspflichtigen Durchführungsregelungen separiert.

Bei der Ermittlung der Grenzlinie kann auf die aus Vergleichen des § 87 BetrVG mit § 77 Abs. 3 BetrVG einerseits und §§ 106 ff. BetrVG andererseits gewonnenen Schlußfolgerungen zurückgegriffen werden, wonach lohnpolitische Festlegungen und unternehmerische Planungsentscheidungen nicht der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Steht danach die Mitbestimmungsfreiheit der Vorentscheidung fest, so sind auch die weiteren Rechtsfolgen indiziert. Eine bereits getroffene mitbestimmungsfreie Vorentscheidung ist im Mitbestimmungsverfahren als Datum hinzunehmen³⁸⁵; die Mitbestimmung bezieht sich nur auf die betriebliche Durchführung. Ist die Vorentscheidung noch nicht getroffen, so kann sie auch nicht im Wege der Mitbestimmung erzwungen werden. Wenn

384 Siehe dazu auch die Unterscheidung bei REUTER ZfA 81/174 f.

385 Vgl. BADURA WiR 74/23 f., LIEB DB 81/Beil. 17 S. 8.

eine Regelung der betrieblichen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nicht möglich oder nicht sinnvoll ist, solange die mitbestimmungsfreie Vorentscheidung noch nicht getroffen ist, dann geht die Mitbestimmung insoweit ins Leere³⁸⁶. De facto kann diese Abgrenzung dazu führen, daß dem Betriebsrat in bestimmten Situationen die Regelungsinitiative verwehrt wird. Das bedeutet jedoch nicht, daß im Rahmen von § 87 Mitbestimmungs- und Initiativrecht auseinanderklaffen können, sondern ist vielmehr dadurch bedingt, daß in bestimmten Fällen durch mitbestimmungsfreie Vorentscheidungen erst die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung der Mitbestimmung geschaffen werden³⁸⁷.

Man möge nicht einwenden, durch diese Differenzierung werde überspitzte juristische Akribie betrieben. Das Gesetz selbst gibt diesen Weg vor, wie sich durch eine Reihe von Beispielen belegen läßt. Im Bereich der sozialen Angelegenheiten wird das besonders deutlich durch die Gegenüberstellung von mitbestimmungsfreier Errichtung von Sozialeinrichtungen (vgl. § 88 Nr. 2 BetrVG) und mitbestimmungspflichtiger Verwaltung von Sozialeinrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 8)³⁸⁸. Im Rahmen der wirtschaftlichen Angelegenheiten lassen die §§ 111 ff.

386 So auch FITTING/AUFFARTH/KAISER § 87 Rdn. 16.

387 Siehe auch DÜTZ DB 72/388.

388 Vgl. dazu DIETZ/RICHARDI § 87 Rdn. 8, GK-WIESE § 87 Rdn. 118 e, HANAU/ADOMEIT S. 111, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 157, WIESE Initiativrecht S. 56 f.; die genannten Autoren sehen die in §§ 87 Abs. 1 Nr. 8, 88 Nr. 2 BetrVG getroffene Regelung übereinstimmend und zutreffend nicht als gesetzlichen Fall der Beschränkung des Initiativrechts an, sondern als Beispiel für die Mitbestimmungsfreiheit der unternehmerischen Vorentscheidung.

BetrVG eine insoweit vergleichbare Konzeption erkennen³⁸⁹; danach unterliegt eine vom Unternehmer beschlossene Betriebsänderung oder -stillegung nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates, wohl aber ist hinsichtlich der sozialen Auswirkungen solcher Maßnahmen ein volles Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gegeben. Im Bereich der personellen Angelegenheiten bestehen bei der Personalplanung, insbesondere bei der Festlegung des Personalbedarfs, gem. § 92 BetrVG nur Informations- und Mitberatungsrechte, nicht aber Mitentscheidungskompetenzen des Betriebsrates; erst in der Durchführungsphase sind stärkere Mitwirkungsrechte im Rahmen personeller Einzelmaßnahmen gegeben. Schließlich kann auch auf §§ 90, 91 BetrVG verwiesen werden³⁹⁰, wonach die Gestaltung von technischen Anlagen, Arbeitsplätzen und Arbeitsabläufen als solche nicht mitbestimmungspflichtig ist und ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates erst dann eingreift, wenn es um Maßnahmen zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich von besonderen Belastungen bei offensichtlich arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen widersprechender Arbeitsgestaltung geht.

389 Die in diesen Bestimmungen zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertentscheidungen sowie die daraus zu folgernden Rückschlüsse auf § 87 BetrVG werden überwiegend erkannt, häufig jedoch auch als Argumente für eine Beschränkung des Initiativrechts fehlgedeutet (so z.B. von GAUL Einigungsstelle S. 83, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 25, RÜTHERS ZfA 73/418 ff., WIESE Initiativrecht S. 38 f.); gegen Rückschlüsse aus §§ 106 ff. BetrVG bei der Interpretation des § 87 BetrVG REUTER ZfA 81/180 ff. mit wenig überzeugender Argumentation.

390 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch GK-WIESE § 87 Rdn. 44, RICHARDI Anm. zu BAG v. 13.3.73 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werkmietwohnungen Bl. 7, WIESE Initiativrecht S. 38 f.

7.2.4 Kompetenzgrenzen und Ermessensschränken

Im Zusammenhang mit dem Initiativrecht des Betriebsrates behandelt die betriebsverfassungsrechtliche Literatur auch die Frage, ob vorrangige unternehmerische Belange "bereits" bei der Frage der Zuständigkeit von Betriebsrat oder Einigungsstelle oder "erst" bei der Interessenabwägung im Rahmen des Regelungsermessens Berücksichtigung finden³⁹¹. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage dürfte angesichts der vorherrschenden Auslegung zu § 98 ArbGG sowie der sowohl bei Zuständigkeitsüberschreitungen als auch bei Ermessensfehlern gegebenen Möglichkeit arbeitsgerichtlicher Kontrolle gering sein. Zudem löst sich das Problem nach hiesiger Meinung von selbst.

Die Frage nach den Ermessensschränken kann sich naturgemäß nur dann stellen, wenn eine Regelungszuständigkeit dem Grunde nach besteht. Entscheidend ist also wiederum, ob die Angelegenheit, die zum Gegenstand des betrieblichen Einigungsverfahrens gemacht wird, der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegt. Soweit das - wie z.B. bei unternehmenspolitischen Initiativen des Betriebsrates - nicht der Fall ist, ist eine Schlichtungskompetenz der Einigungsstelle und damit die Erzwingbarkeit einer Regelung für den Betriebsrat von vornherein nicht gegeben³⁹². Nur insoweit als allein betriebspraktische Regelungsangelegenheiten, die der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 BetrVG unterliegen, in Frage stehen, kann es auf eine Interessenabwägung nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ankommen.

391 Dazu insbes. BADURA WiR 74/21 ff., LIEB ZfA 78/191 ff.

392 Dagegen will MOLL (Mitbestimmung beim Entgelt S. 211 ff.) den Grundsatz der unternehmerischen Freiheit nicht bei der Prüfung der Zuständigkeit der Einigungsstelle, wohl aber im Rahmen der Ermessensentscheidung als vorrangige Betriebsbelange berücksichtigt wissen.

7.3 Gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Einigungsstelle

Wenn nach den von der Rechtsprechung zu § 98 ArbGG aufgestellten Grundsätzen eine Einigungsstelle selbst dann zu bilden ist, wenn ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit gegen ihre Zuständigkeit spricht³⁹³, und andererseits dieses Betriebsverfassungsorgan im Vorfeld seiner Entscheidungsfindung schwierige rechtliche Abgrenzungen vorzunehmen hat³⁹⁴, so muß in dem hier behandelten Zusammenhang auch die Frage interessieren, inwieweit Entscheidungen der Einigungsstelle einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sind.

Die Einigungsstelle faßt ihre Beschlüsse gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG "unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen". Über die Rechtsnatur dieser Ermessensentscheidung bestehen in der Betriebsverfassungsrechtsliteratur unterschiedliche Auffassungen; während die einen eine Parallele zu verwaltungsrechtlichen Ermessensentscheidungen ziehen³⁹⁵, sehen andere hierin einen den §§ 315 ff. BGB vergleichbaren Fall³⁹⁶. Ohne hier abschließend zu dem Meinungsstreit Stellung zu nehmen, kann bemerkt werden, daß weder eine umfassende gerichtliche Billigkeitskontrolle, wie in § 315 Abs. 3 BGB vorgesehen, noch eine Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung auf Fälle offenkundiger Unbilligkeit entsprechend dem Muster des § 319 BGB mit der Regelung des

393 S.o. S. 130 mit FN 357.

394 Zur Zuständigkeitsprüfung durch die Einigungsstelle s.u. FN 402 mit dem dazugehörigen Text.

395 Vgl. DÜTZ AuR 73/366 ("Demgemäß handelt es sich in § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG um einen sogenannten Mischtatbestand, bei dem unbestimmte Rechtsbegriffe einen Ermessensrahmen festlegen, wie er dem öffentlichen Recht geläufig ist"); ähnlich MOLL Mitbestimmung beim Entgelt S. 208.

396 So FITTING/AUFFARTH/KAISER § 76 Rdn. 32.

§ 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG vereinbar wäre³⁹⁷. Das Gesetz räumt der Einigungsstelle einen durch die Belange des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer abgegrenzten Ermessensrahmen ein, innerhalb dessen ein Gestaltungsspielraum besteht. Hält sich die Einigungsstelle bei ihrer Entscheidung in diesem Rahmen, so ist kein Platz für eine gerichtliche Zweckmäßigkeitskontrolle; das Arbeitsgericht kann eine vertretbare Ermessensentscheidung der Einigungsstelle nicht durch seine eigene Ermessensentscheidung ersetzen^{397a}. Das Gericht kann aber dann den Spruch der Einigungsstelle aufheben, wenn diese den ihr eingeräumten Ermessensrahmen überschritten hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn sie sachfremde Erwägungen angestellt oder die als Richtpunkte des Ermessens ausdrücklich genannten Belange des Betriebes oder der betroffenen Arbeitnehmer überhaupt nicht berücksichtigt hat³⁹⁸. Im "Interesse des innerbetrieblichen Rechtsfriedens"³⁹⁹ kann diese Ermessensüberschreitung gem. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG nur innerhalb einer Zweiwochenfrist geltend gemacht werden. Die Ausschußfrist gilt jedoch nur insoweit, als Ermessensfehler gerügt werden. Im übrigen unterliegen Entscheidungen der Einigungsstelle in rechtlicher Sicht unbeschränkter gerichtlicher Nachprüfung⁴⁰⁰. Das gilt sowohl für die Fälle, in denen das Gesetz der Einigungsstelle auch die Entscheidung

397 Übereinstimmend DÜTZ AuR 73/366 und insoweit auch FITTING/AUFFARTH/KAISER a.a.O.

397a GK-THIELE § 76 Rdn. 106.

398 FITTING/AUFFARTH/KAISER § 76 Rdn. 32.

399 So die Begründung im Ausschlußbericht v. 22.10.71 zu BT-Drucks. VI/2729 S. 10.

400 Einhellige Auffassung, z.B. DIETZ/RICHARDI § 76 Rdn. 79 ff., DÜTZ DB 72/389, ders. AuR 73/365, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 76 Rdn. 33, GALPERIN/LÖWISCH § 76 Rdn. 44, GK-THIELE § 76 Rdn. 104, KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER § 87 Rdn. 72 ff., PÜNNEL Einigungsstelle S. 63 f., SCHAUB Handbuch S. 1051, STEGE/WEINSPACH § 76 Rdn. 21.

über Rechtsfragen zuweist⁴⁰¹, als auch für Rechtsfragen, die den Verfahrensablauf betreffen oder sich als Vorfragen zu Regelungsstreitigkeiten stellen. Praktisch bedeutsam ist insbesondere die Zuständigkeitsprüfung; in jedem Verfahren nach § 76 Abs. 5 BetrVG hat die Einigungsstelle vorab ihre Kompetenz zu klären, d.h. sie hat über den Umfang des Mitbestimmungstatbestandes zu befinden⁴⁰². Diese Rechtsentscheidung ist in vollem Umfang und zeitlich unbegrenzt arbeitsgerichtlich nachprüfbar⁴⁰³.

Sowohl bei Rechtsmängeln als auch bei Ermessensfehlern ist also der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten garantiert. Nur dann, wenn die Einigungsstelle innerhalb ihrer Kompetenz und der gesetzlichen Ermessensschränken eine vertretbare Entscheidung trifft, ist eine gerichtliche Korrektur ausgeschlossen⁴⁰⁴. Letzteres erscheint sachgerecht, denn ansonsten wäre die Einschaltung der Einigungsstelle insgesamt weitgehend sinnlos. Durch das Einigungsstellenverfahren wird somit der Rechtsweg für die Betroffenen nicht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise verkürzt⁴⁰⁵. Wohl aber besteht die Gefahr, daß eine unzu-

401 Beispiele: § 37 Abs. 6 u. 7, § 38 Abs. 2, § 109 etc.; vgl. dazu DÜTZ DB 72/385 f., FITTING/AUFFARTH/KAISER § 76 Rdn. 31, GK-THIELE § 76 Rdn. 12, jeweils mit weiteren Beispielen und Nachweisen.

402 So die ganz herrschende Meinung, z.B. BAG v. 3.4.79 DB 79/2186, BAG v. 22.1.80 DB 80/1896, BISCHOFF Einigungsstelle S. 69, DIETZ/RICHARDI § 76 Rdn. 51, DÜTZ AuR 73/368, FITTING/AUFFARTH/KAISER § 76 Rdn. 42, GALPERIN/LÖWISCH § 76 Rdn. 25, GAUL Einigungsstelle S. 53, PÜNNEL Einigungsstelle S. 45 f.

403 Statt vieler GK-THIELE § 76 Rdn. 77.

404 Vgl. GK-THIELE § 76 Rdn. 106 ("Ausgeschlossen ist dagegen jede andere Überprüfung der Ermessensentscheidung, insbesondere jede Zweckmäßigkeitskontrolle").

405 Siehe dazu auch DÜTZ DB 72/389, der betont, daß mit der verfassungsmäßigen Rechtsschutzgarantie außergerichtliche Vorverfahren vereinbar sind, "soweit effektiver Gerichtsschutz in angemessener Zeit" erreicht werden kann. ("Dem Richter gebührt das letzte, nicht schon das erste Wort.").

ständige Einigungsstelle Fakten setzt, die in der Praxis nur noch schwerlich korrigiert werden können, wenn sich in einem späteren Beschlußverfahren das Nichtbestehen des Mitbestimmungsrechts und damit die fehlende Kompetenz der Einigungsstelle herausstellt. Dem kann jedoch nicht materiellrechtlich, sondern nur prozessual begegnet werden, indem man die nach § 148 ZPO bestehende Möglichkeit, ein Bestellungsverfahren nach § 98 ArbGG im Hinblick auf ein gleichzeitig anhängiges Feststellungsbeschlußverfahren auszusetzen⁴⁰⁶, großzügig handhabt. Bedauerlicherweise geht aber die Rechtsprechung in dieser Frage gerade den entgegengesetzten Weg⁴⁰⁷.

406 Dazu BISCHOFF Einigungsstelle S. 40, DÜTZ AuR 73/368, GK-THIELE § 76 Rdn. 42 b, GAUL DB 80/1894.

407 Vgl. LAG Düsseldorf v. 22.2.80 (DB 80/2021) und v. 28.1.81 (DB 81/849), wonach die Aussetzung nach § 148 ZPO in diesen Fällen regelmäßig nicht statthaft sein soll; Übersicht über die Rechtsprechung zu dieser Frage bei SCHAUB DB 81/1333.

8. SCHLUSSBEMERKUNG

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die hier vorgeschlagene, vom Gesetzeswortlaut erlaubte und von der legislativen ratio gebotene Interpretation in ihrer praktischen Anwendung keinen unüberwindbaren Schwierigkeiten begegnet. Gleichzeitig wurde aber auch deutlich, daß allein durch ein Bekenntnis zu dieser Meinung die Probleme im Grenzbereich zwischen betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung und tariflicher Normsetzung noch nicht automatisch gelöst sind. Das kann nicht verwundern, denn ansonsten wäre der nahezu drei Jahrzehnte währende Meinungsstreit nicht erklärlich. Viele der Zweifelsfragen liegen mehr im tatsächlichen als im rechtlichen Bereich. Juristische Theorien können hier nur Richtpunkte für die im Einzelfall vorzunehmende Abgrenzung setzen. Dieser Funktion wird die hier vertretene Auffassung gerecht; sie ermöglicht eine plausible Erklärung des Verhältnisses von Tarifvorrang und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und fördert überdies eine sachgerechte Auslegung der Mitbestimmungstatbestände.

Diese Auffassung stellt auch keine aussichtslose Auflehnung gegen eine gefestigte allgemeine Meinung dar. Zwar ist sie seit Inkrafttreten des BetrVG'72 nicht mehr vertreten worden, jedoch finden sich in Rechtsprechung und Literatur sowohl Ansätze für eine Beschränkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auf lohnpolitische Fragen als auch für eine Eingrenzung der Mitbestimmungstatbestände auf betriebsbezogene Regelungsmaterien. Zusammen bilden diese beiden Prinzipien die Grundlage für eine tatbestandliche Exklusivität zwischen § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG. In Verfolgung dieser Auslegung kann schließlich auch der häufig geforderte "Abschied von den formellen und materiellen Arbeitsbedingungen"⁴⁰⁸ genommen

⁴⁰⁸ So insbes. mit Nachdruck HERSCHEL in seinem gleichnamigen Aufsatz (AuR 68/129 ff.).

werden, jedoch nicht um damit auf sämtliche Differenzierungskriterien zu verzichten, sondern um Grundsätze offenzulegen, die bislang durch eine verfehlte Begriffsbildung verschleiert wurden. Die stattdessen vorzunehmende Differenzierung nach lohnpolitischen und betriebspraktischen Angelegenheiten bildet den besseren Lösungsansatz bei Auslegungsfragen im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten.

ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN

1. Die Probleme im Spannungsfeld von Tarifvorrang und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten haben durch das BetrVG'72 - insbesondere wegen der Aufnahme der sogenannten "materiellen Arbeitsbedingungen" in den Mitbestimmungskatalog des § 87 BetrVG - scheinbar eine Verschärfung erfahren.
2. Die Frage nach dem Verhältnis der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG ist ebenso wie die ratio der beiden Bestimmungen auch über 10 Jahre nach Inkrafttreten des BetrVG'72 noch heftig umstritten. In Literatur und Rechtsprechung zum BetrVG'72 wird ausschließlich die Alternative zwischen der sogenannten "Zwei-Schranken-Theorie", nach der § 77 Abs. 3 BetrVG auch im Rahmen des § 87 BetrVG Anwendung finden soll, und der "Vorrang-Theorie", nach der § 77 Abs. 3 BetrVG im Geltungsbereich des § 87 BetrVG durch den dortigen Eingangssatz verdrängt sein soll, diskutiert; die zum BetrVG'52 vielfach vertretene Auslegung im Sinne einer tatbestandlichen Exklusivität wird heute unter Hinweis auf einen vermeintlichen tatbestandlichen Überschneidungsraum im Bereich der sogenannten "materiellen Arbeitsbedingungen" nahezu einhellig ohne weitere Begründung abgelehnt.
3. Die Unterscheidung zwischen "materiellen und formellen Arbeitsbedingungen", die die frühere Problemdiskussion wesentlich beeinflusste, insgesamt jedoch mehr zur Verwirrung als zur Klarstellung beitrug, kann jedenfalls nach dem BetrVG'72 kein maßgebliches Kriterium für die Bestimmung des Verhältnisses von Tarifvorrang und Mitbestimmung darstellen. Das bedeutet jedoch keinen Verzicht auf jegliche Differenzierungskriterien, vielmehr können durch eine am Normzweck und der Gesetzessystematik

orientierte Auslegung Grundsätze offengelegt werden, die durch die unklare Begriffsbildung bislang verschleiert wurden.

4. Die §§ 77 Abs. 3 BetrVG und 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG betreffen unterschiedliche Sachverhalte und erfüllen unterschiedliche Funktionen; während der Eingangssatz des § 87 BetrVG in Fällen, in denen dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer durch gesetzliche oder tarifliche Regelungen Rechnung getragen ist, eine vom Schutzzweck der Mitbestimmung nicht geforderte Doppelrepräsentation der Arbeitnehmerseite ausschließt, zielt § 77 Abs. 3 BetrVG auf die Erhaltung der lohnpolitischen Leitfunktion der Tarifverträge ab.
5. Dementsprechend unterscheiden sich beide Vorschriften sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Rechtsfolgen: § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG, der die konkrete Geltung des Tarifvertrages im Betrieb (= Tarifbindung des Arbeitgebers) voraussetzt, betrifft nur die Erzwingbarkeit der Mitbestimmung, während im Geltungsbereich des § 77 Abs. 3 BetrVG, welcher sich auch auf nichttarifgebundene Betriebe erstreckt, auch freiwillige, nach dem Günstigkeitsprinzip abweichende betriebliche Kollektivregelungen ausgeschlossen sind.
6. Nach dem Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG unterfallen der Sperrwirkung dieser Vorschrift nur solche Angelegenheiten, die in ihrer lohnpolitischen Bedeutung den im Gesetzeswortlaut eigens hervorgehobenen Arbeitsentgelten entsprechen, d.h. insbesondere Arbeitgeberleistungen, die nach gängigem Sprachgebrauch nicht mehr unter "Arbeitsentgelte" i.e.S. gefaßt werden, sowie Regelungen hinsichtlich der Arbeitszeitdauer.

7. Zu Unrecht werden die Mitbestimmungstatbestände hinsichtlich der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) und der Regelung der Akkordsätze (§ 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG) verbreitet als typische Überschneidungsfälle zwischen den §§ 77 Abs. 3 BetrVG und 87 BetrVG angesehen. Eine Analyse dieser Tatbestände zeigt, daß sich die Mitbestimmung im Entgeltbereich nur auf die Lohnfindung, nicht dagegen auf die Lohnhöhe bezieht. Auch für die Festsetzung der Akkordsätze gilt nichts Abweichendes; akkordspezifische Besonderheiten rechtfertigen nur eine umfassende Mitbestimmung über den Berechnungsansatz, nicht aber über die Leistungslohnhöhe als solche. Die gegenteilige Meinung kann sich weder auf den Gesetzeswortlaut noch auf die Historie stützen.

8. Auch im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ergibt sich entgegen verbreiteter Auffassung keine Überschneidung mit § 77 Abs. 3 BetrVG. Der Mitbestimmungstatbestand räumt dem Betriebsrat weder ein Instrumentarium der allgemeinen Arbeitszeitpolitik noch eine Mitentscheidungskompetenz über das Produktionsvolumen ein; es soll vielmehr nur gewährleistet sein, daß soziale Belange der Belegschaft bei betrieblichen Reaktionen auf betriebliche Sondersituationen berücksichtigt werden. Tarifverträge können in diesen Fällen ohnehin nur Rahmenregelungen aufstellen, welche keine Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG auszulösen vermögen.

9. Eine Gesamtanalyse der gesetzlichen Kasuistik der sozialen Mitbestimmungsrechte zeigt, daß diese sich nur auf betriebspraktische Fragen beziehen, d.h. solche, die wegen ihres engen Bezuges zu betriebsspezifischen Gegebenheiten regelmäßig nur auf Betriebsebene abschließend geregelt werden können. Eine Überschneidung mit der lediglich lohnpolitische Angelegenheiten betreffenden Vorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG ergibt sich nicht.

10. Diese Auslegung im Sinne einer tatbestandlichen Exklusivität, für die auch das Fehlen einer § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG entsprechenden Kollisionsnorm spricht, wird sowohl dem Prinzip des lückenlosen Arbeitnehmerschutzes in sozialen Angelegenheiten als auch dem Grundsatz des erweiterten Tarifvorranges in lohnpolitischen Angelegenheiten gerecht, was weder der "Zwei-Schranken-Theorie" noch der "Vorrang-Theorie" einschließlich vermittelnder Lösungsversuche voll gelingt.

11. Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzung ist eine ausgewogene gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Tarifvertrags- und Mitbestimmungsebene erkennbar: Die Lohnpolitik als klassischer Bereich tarifpolitischer Aktivitäten ist danach nicht Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats; im Interesse einer an gesamtwirtschaftlichen Belangen orientierten Lohnentwicklung sind insoweit selbst freiwillige, nach dem Günstigkeitsprinzip vom Tarifvertrag abweichende betriebliche Kollektivregelungen weitgehend ausgeschlossen. Gegenstand der betrieblichen Mitbestimmung sind demgegenüber betriebliche Fragen, die von den überbetrieblichen Sozialpartnern in der Regel nicht abschließend beurteilt werden können. Das BetrVG'72 hat somit die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats beträchtlich erweitert, ohne in die historisch gewachsenen Strukturen der arbeitnehmerischen Interessenvertretung einzugreifen.

12. Erkennt man entgegen der einhelligen Literaturmeinung eine tatbestandliche Exklusivität zwischen § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 BetrVG, so können die beiden Tatbestände jeweils im Lichte der anderen Norm interpretiert werden, was insbesondere bei Auslegungsfragen hinsichtlich der Mitbestimmungstatbestände hilfreich ist. Die gemeinsame Grenzlinie der Mitbestimmungstatbestände ist danach

durch die Unterscheidung von lohnpolitischen und betriebspraktischen Angelegenheiten vorgezeichnet. Diese Abgrenzung ist begrifflich klarer und sachlich richtiger als die überholte Differenzierung nach "materiellen und formellen Arbeitsbedingungen". Weder aus der "Zweischranken-Theorie" noch aus der "Vorrang-Theorie" sind derartig eindeutige Abgrenzungskriterien ableitbar.

13. Auch das Bundesarbeitsgericht hat - allerdings ohne darin einen übergreifenden Grundsatz zu erblicken - in nahezu sämtlichen Grundsatzentscheidungen zu § 87 Abs. 1 BetrVG die Mitbestimmung auf betriebspraktische Fragen beschränkt. In der einzig abweichend entschiedenen Frage der Abschlußprovisionen erscheint aufgrund späterer Beschlüsse eine baldige Korrektur der BAG-Rechtsprechung durchaus möglich.
14. Die Unterscheidung von lohnpolitischen und betriebspraktischen Angelegenheiten mag zwar im Einzelfall schwierig sein, unüberwindbare Praktikabilitätsprobleme ergeben sich jedoch nicht. Der Vorteil dieser Meinung liegt gerade darin, daß sie überhaupt sachliche Abgrenzungskriterien anzubieten vermag.
15. Die in diesem Zusammenhang geführte Diskussion über das Initiativrecht des Betriebsrats betrifft nach zutreffender Betrachtung kein Rechtsproblem der Mitbestimmung sondern lediglich die Frage einer exakten Sachverhaltsaufbereitung. Im Rahmen des § 87 ist der Umfang des Initiativrechts deckungsgleich mit dem Umfang des Mitbestimmungsrechts; Beschränkungen des Initiativrechts sind mit dem Sinn der paritätischen Mitbestimmung unvereinbar. Bei mehrstufigen Entscheidungsprozessen muß allerdings das Mitbestimmungsrecht für jede Stufe gesondert geprüft werden, was in solchen Fällen, in denen die Regelung

betriebspraktischer Fragen lohn- und unternehmenspolitische Vorentscheidungen voraussetzt, de facto zu einem Ausschluß der einseitigen Durchsetzungsmöglichkeit für den Betriebsrat führen kann.

ABKÜRZUNGEN

a.A.	-	anderer Ansicht
a.a.O.	-	am angegebenen Ort
Anm.	-	Anmerkung
AP	-	Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	-	Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis
ArbG	-	Arbeitsgericht
ArbGG	-	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	-	Arbeitsrecht
AuR	-	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AZO	-	Arbeitszeitordnung
BABl.	-	Bundesarbeitsblatt
BAG	-	Bundesarbeitsgericht
BAV	-	Betriebliche Altersversorgung (Zeitschrift)
BB	-	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Beil.	-	Beilage
BetrVerf	-	Die Betriebsverfassung (Zeitschrift)
BetrVG	-	Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972 BGBI. I S. 13 (z.T. zur Klarstellung auch BetrVG'72 genannt)
BetrVG'52	-	Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952, BGBI. I S. 681
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	-	Bundesgesetzblatt
Bl.	-	Blatt
BlStSozArbR	-	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BR-Drucks.	-	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	-	Bundestagsdrucksache
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht
DB	-	Der Betrieb (Zeitschrift)
Die AG	-	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Einl.	-	Einleitungssatz (des § 87 BetrVG'72 bzw. § 56 BetrVG'52)

EzA	-	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FN	-	Fußnote
GG	-	Grundgesetz
h.M.	-	herrschende Meinung
i.S.v.	-	im Sinne von
LAG	-	Landesarbeitsgericht
lit.	-	litera
LS	-	Leitsatz
MitbGespr.	-	Das Mitbestimmungsgespräch (Zeitschrift)
m.w.N.	-	mit weiteren Nachweisen
RdA	-	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn.	-	Randnummer
RegE	-	Regierungsentwurf
RS	-	Rückseite
Rspr.	-	Rechtsprechung
SAE	-	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
TVG	-	Tarifvertragsgesetz
WiR	-	Wirtschaftsrecht
ZfA	-	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	-	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	-	Zivilprozeßordnung

LITERATUR

- ADOMEIT: Die Regelungsabrede als die neben der Betriebsvereinbarung zulässige Ausübungsform der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 56 BetrVG, § 67 PersVG), 2. Auflage Düsseldorf 1961 (zitiert: Adomeit Regelungsabrede); z.T. Voraufgabe zitiert.
- ADOMEIT: Thesen zur betrieblichen Mitbestimmung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BB 72/53 ff.
- ADOMEIT: § 87, der Arbeitskampf und die Zertititätstheorie, DB 81/1086 f.
- ARBEITSRING CHEMIE: Betriebsverfassungsgesetz'72 - Überblick, Erläuterungen und praktische Hinweise, Wiesbaden 1972.
- ARNDT (Hrsg.): Lohnpolitik und Einkommensverteilung, Berlin 1969 (verschiedene Verfasser).
- AUFFARTH: Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, AR-Blattei Betriebsverfassung XIV B.
- BADURA: Die Verfassung als Auftrag, Richtlinie und Grenze der wirtschafts- und arbeitspolitischen Gesetzgebung, WiR 74/1 ff.
- BADURA/RITTNER/RÜTHERS: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachen, München 1977.
- BARWASSER: Die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über materielle Arbeitsbedingungen in nichttarifgebundenen Betrieben, insbesondere in Mischbetrieben, DB 75/2275 ff.
- BAUM: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Anordnung von Mehr- und Kurzarbeit, AuR 62/272 ff.
- BERGER: Bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Zeitakkord auch auf den Geldfaktor?, AuR 59/37 ff.
- BICHLER: Nochmals: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über Arbeitsbedingungen für AT-Angestellte, DB 79/1939 ff.
- BIEDENKOPF: Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1970 (zitiert: Biedenkopf Tarifautonomie).
- BIRK: Anmerkung zu BAG v. 14.11.74 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht.

- BISCHOFF: Die Einigungsstelle im Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1975 (zitiert: Bischoff Einigungsstelle).
- BITTER: Betriebsvereinbarungen im AT Bereich in der Praxis, DB 79/695 ff.
- BLOMEYER: Anmerkung zu LAG Düsseldorf v. 27.2.75, EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Lohn und Arbeitsentgelt.
- BOEWER: Das Initiativrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, DB 73/522 ff.
- BOLTEN: Ist die Abschlußprovision ein vergleichbares Entgelt i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG?, BB 77/1650 ff.
- BORGIS: Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit?, BB 59/743 f.
- BORGIS: Gegenstellungnahme zu Frey: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit, BB 60/48 f.
- BRECHT: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Herne/Berlin 1972.
- BROBOWSKI/GAUL: Das Arbeitsrecht im Betrieb, 7. Auflage, Band I und II, Heidelberg 1979.
- BROX: Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag Band II, S. 55 ff., Berlin/München 1965.
- BROX: Die Bedeutung von Günstigkeitsklauseln in Kollektivvereinbarungen BB 66/1190 ff.
- BRÜNING: Die Grenzen des erzwingbaren Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei materiellen Arbeitsbedingungen, Diss. München 1964 (zitiert: Brüning Diss.).
- BUCHNER: Reform des Betriebsverfassungsrechts, Die AG 71/135 ff., 189 ff.
- BUCHNER: Kooperation als Leitmaxime des Betriebsverfassungsrechts, DB 74/530 ff.
- BÜHRIG: Betriebsvereinbarung und Arbeitszeitverkürzung, BB 56/963 ff.
- CONZE: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen für AT-Angestellte über materielle Arbeitsbedingungen DB 78/490 ff.

- CUNTZ: Die Unzulässigkeit von Betriebsvereinbarungen bei bestehender Tarifüblichkeit, Diss. Frankfurt 1970 (zitiert: Cuntz Diss.).
- DIETERICH: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der betrieblichen Altersversorgung, BAV 76/25 ff.
- DIETZ: Das Monopol der Sozialpartner und die Betriebsvereinbarung, RdA 1955/241 ff.
- DIETZ: Probleme der Mitbestimmung bei der Regelung von Akkordsätzen, BB 60/367 ff.
- DIETZ/GAUL/HILGER: Akkord und Prämie, 2. Auflage, Heidelberg 1967.
- DIETZ: § 49 BetrVG und seine Bedeutung für die Zusammenarbeit im Betrieb - vor allem in bezug auf die Beteiligungsrechte, RdA 69/1 ff.
- DIETZ/RICHARDI: Betriebsverfassungsrecht mit Wahlordnung, Kommentar, 5. Auflage 1973; z.T. Voraufgabe zitiert, 4. Auflage (Dietz) München/Berlin 1967.
- DÜTZ: Zwangsschlichtung im Betrieb - Kompetenz und Funktion der Einigungsstelle nach dem BetrVG 1972, DB 72/383 ff.
- DÜTZ: Verfahrensrecht der Betriebsverfassung, AuR 73/353 ff.
- DUTTI: Nochmals: Die Beschränkung der Mitbestimmung nach § 56 BetrVG auf formelle Arbeitsbedingungen, RdA 67/135 ff.
- EICH: Kürzung übertariflicher Einkommensbestandteile und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, DB 80/1340 ff.
- EICKELBERG: Probleme der Betriebsvereinbarung über Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, Diss. Bochum 1973 (zitiert: Eickelberg Diss.).
- ERDMANN: Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Okt. 1952 erläutert für die Betriebspraxis, 2. Aufl. Neuwied 1954.
- ERDMANN: Rechtliche und rechtspolitische Probleme des Betriebsverfassungsgesetzesentwurfes der Bundesregierung, BlStSozArbR 71/245 ff.
- FABRICIUS: Anm. zu BAG v. 8.12.70 AP Nr. 28 zu § 59 BetrVG'52.
- FABRICIUS: Buchbesprechung zu Fitting/Auffarth/Kaiser 10. Auflage, RdA 73/125 f.

FARTHMANN: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Ermittlung der Vorgabezeit, BB 63/779 ff.

FARTHMANN: Die Beschränkung der Mitbestimmung nach § 56 BetrVG auf die sog. formellen Arbeitsbedingungen, RdA 66/249 ff.

FARTHMANN: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, RdA 74/65 ff.

FAUTH: Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Festlegung der Arbeitszeit, BB 62/374 ff.

FITTING: Sinn und Zweck des § 59 Betriebsverfassungsgesetz, BetrVerf 56/210 ff.

FITTING/AUFFARTH/KAISER (FITTING/KRAEGELOH/AUFFARTH): Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 13. Auflage, München 1981; z.T. Voraufgaben zitiert, 12. Auflage München 1977, 10. Auflage München 1972, 9. Auflage (Fitting/Kraegeloh/Auffarth) Berlin/Frankfurt 1970.

FÖHR: Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten unter besonderer Berücksichtigung der AT-Angestellten, AuR 75/353 ff.

FRAUENKRON: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1972.

v. FRIESEN: Die Rechtsstellung des Betriebsrats gegenüber den nichtleitenden AT-Angestellten, DB 80/Beil. 1.

v. FRIESEN: Betriebliche Lohngestaltung für AT-Angestellte, AuR 80/367 ff.

GALPERIN: Der Regierungsentwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes, eine kritische Analyse, Düsseldorf 1971 (zitiert: Galperin RegE).

GALPERIN: Betriebsverfassungsgesetz 1972 Leitfaden für die Praxis, Heidelberg 1972.

GALPERIN/LÖWISCH (GALPERIN/SIEBERT): Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage Heidelberg 1976; z.T. Voraufgabe zitiert, 4. Auflage (Galperin/Siebert) Heidelberg 1963.

GAUL: Betriebliche Gehaltspolitik für außertarifliche Angestellte und deren rechtliche Ordnung, BB 78/764 ff.

GAUL: Die betriebliche Einigungsstelle, 2. Auflage, Freiburg 1980 (zitiert: Gaul Einigungsstelle).

- GAUL: Einigungsstelle: Aussetzung des Bestellungsverfahrens, DB 80/1894.
- GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR (GK): Fabricius, Kraft, Thiele, Wiese, Betriebsverfassungsgesetz 2. Bearbeitung 1979/80 (zitiert: GK-Verfasser).
- GEORGIADIS: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1967.
- GESTER/ISENHARDT: Das Initiativrecht des Betriebsrats zur Regelung materieller Arbeitsbedingungen, RdA 74/80 ff.
- GIESE: Mitbestimmung bei der Mietpreisfestsetzung von Werkswohnungen, BB 73/198 ff.
- GNAD/KEHRMANN/SCHNEIDER: Betriebsverfassungsgesetz Kommentar für die Praxis, Köln 1972.
- GROSSHAUSER: Die Unzulässigkeit von Betriebsvereinbarungen nach § 59 BetrVG, Diss. Köln 1970 (zitiert: Grosshauser Diss.).
- GUMPERT: Mitbestimmung bei betrieblicher Altersversorgung in Form von Ruhegehaltszusagen und Direktversicherungen, BB 76/605 ff.
- HABLITZEL: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen bei bestehender Tarifüblichkeit, DB 71/2158 ff.
- HANAU: Praktische Fragen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, BB 72/499 ff.
- HANAU: Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung RdA 73/281 ff.
- HANAU: Die Mitbestimmung in der betrieblichen Altersversorgung nach der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 76/91 ff.
- HANAU: Aktuelle Probleme der Mitbestimmung über das Arbeitsentgelt, BB 77/350 ff.
- HANAU/ADOMEIT: Arbeitsrecht, Lernbuch 6. Auflage, Frankfurt 1981; z.T. frühere Auflage zitiert, 1. Auflage 1972.
- HENKEL/HAGEMEIER: Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Angelegenheiten der außertariflichen Angestellten, BB 76/1420 ff.
- HERSCHEL: Anm. zu BAG v. 15.12.61, AuR 62/171 f.

HERSCHEL: Anm. zu BAG v. 23.3.62, AuR 62/350 ff.

HERSCHEL: Materielle und formelle Arbeitsbedingungen, AuR 64/257.

HERSCHEL: Arbeitsrechtliche Konsequenzen aus den unterschiedlichen Genauigkeitsgraden bei der Datenerfassung in Arbeits- und Zeitstudien, AuR 67/66 ff.

HERSCHEL: Abschied von den formellen und materiellen Arbeitsbedingungen, AuR 68/129 ff.

HERSCHEL: Nochmals: Formelle und materielle Arbeitsbedingungen, AuR 69/65 ff.

HERSCHEL: Formelle und materielle Arbeitsbedingungen und kein Ende?, BABl. 74/134.

HEUKING: Provisionen als Entgelte im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG?, DB 82/279 ff.

HILGER: Arbeitstechnische Lohnfestsetzungen zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen, BB 69/448 ff.

HÖCKER: Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung in sozialen Angelegenheiten, RdA 56/17 ff.

HUBER: Die Grenzen der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats bei sog. Annexregelungen in sozialen Angelegenheiten DB 80/1643 ff.

HUECK, G.: Die Betriebsvereinbarung nach dem Betriebsverfassungsgesetz des Bundes, RdA 52/366 ff.

HUECK/NIPPERDEY: Lehrbuch des Arbeitsrechts I. Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963; II. Band 1. Halbband, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1966; II. Band 2. Halbband, 7. Auflage Berlin und Frankfurt 1970.

HUECK/NIPPERDEY/STAHLHACHE: Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, Kommentar 4. Auflage München/Berlin 1964.

HUNOLD: Außertarifliche Vertragsverhältnisse und übertarifliche Vertragsbestandteile, DB 81/Beil. 26.

JAHNKE: Anm. zu BAG v. 29.3.77, AR-Blattei D Betriebsverfassung, Entscheidung 33.

JANERT: AT-Angestellte und Betriebsrat, DB 76/243 ff.

JÜLICHER: Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1978, ZfA 80/121 ff.

- KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER (ERDMANN/JÜRGING/KAMMANN):
Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Neubearbeitung
Neuwied/Darmstadt 1979; z.T. Voraufgabe zitiert 1. Aufl.
(Erdmann/Jürging/Kammann) Neuwied/Berlin 1972.
- KIRCHNER: Die Sperrwirkung von Tarifvertrag und Tarifübung
für die Verwirklichung des Mitbestimmungsrechts des Be-
triebsrates nach § 87 BetrVG, BB 72/1279 ff.
- KLINKHAMMER: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der
Provisionsfestsetzung, AuR 77/363 ff.
- KLINKHAMMER: Anm. zu BAG v. 8.3.77 EzA Nr. 6 zu § 87 BetrVG'72
Lohn und Arbeitsentgelt.
- KOLLMAR: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einfüh-
rung und Regelung von Akkordlöhnen, Diss. Regensburg 1970
(zitiert: Kollmar Diss.).
- KONZEN: Tarifvertragliche und innerbetriebliche Normsetzung,
BB 77/1307 ff.
- KONZEN: Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1977, ZfA 78/479 ff.
- KREUTZ: Grenzen der Betriebsautonomie, 1979 (zitiert: Kreutz
Betriebsautonomie).
- KRÜGER: Der Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsge-
setzes vom 29. Januar 1971 und das Grundgesetz, Hamburg
1971 (zitiert: Krüger RegE).
- KÜCHENHOFF: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage
Münster 1979.
- KÜLP: Lohnbildung im Wechselspiel zwischen politischen und
wirtschaftlichen Kräften, Berlin 1965.
- KÜLP: Der Lohnfindungsprozeß der Tarifpartner: Bestimmungs-
gründe, Auswirkungen, Reformvorschläge, Darmstadt 1977.
- LIEB: Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Nr. 11 BetrVG
bei Provisionsentlohnung?, DB 75/1748.
- LIEB: Anm. zu BAG v. 29.3.77, SAE 78/91 ff.
- LIEB: Die Regelungszuständigkeit des Betriebsrats für die
Vergütung von AT-Angestellten, ZfA 78/179 ff.
- LIEB: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festsetzung
der Arbeits- und Öffnungszeiten in Betrieben des Handels,
DB 81/Beil. 17.

LÖWISCH: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Gehaltsfestsetzung für Angestellte nach Arbeitsplatzrangfolge und Leistungsbeurteilung, DB 73/1746 ff.

LÖWISCH: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Provisionsregelungen für kaufmännische Angestellte, ZHR 75/362 ff.

LÖWISCH: Anm. zu BAG v. 29.3.77 EzA Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972, Leistungslohn Bl. 29 ff.

LÖWISCH: Möglichkeiten und Grenzen der Betriebsvereinbarung, AuR 78/97 ff.

v. MANGOLD/KLEIN: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band I-III, Berlin/Frankfurt 1957-1964.

MAUS: Betriebsverfassungsgesetz, in: Handbuch des Arbeitsrechts, X. Teil, Loseblatt, Wiesbaden, Stand 1963.

MAYER-MALY: Zur Problematik betriebsnaher Tarifpolitik, DB 65/32 f.

MEISEL: Gemeinsame Anmerkung zu BAG v. 13.2.79, 24.1.80 und 9.12.80, SAE 81/194 ff.

MEISSINGER: Zusammenarbeit der überbetrieblichen und betrieblichen Sozialpartner. Der § 59 BVG im System der Betriebsverfassung, DB 55/410 ff.

MENGEL: Die betriebliche soziale Mitbestimmung und ihre Grenzen, DB 82/43 ff.

MEYENSCHEN-JUEN: Der arbeitswissenschaftlich ermittelte Zeitakkord, Marburg 1962.

MOLL: Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Entgelt, Berlin 1977 (zitiert: Moll Mitbestimmung beim Entgelt).

MOLL: Der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, Berlin 1980 (zitiert: Moll Tarifvorrang).

MONJAU: Der Vorrang der Tarifvertragsparteien bei der Regelung materieller Arbeitsbedingungen BB 65/632 ff.

MONJAU: Betriebliche Arbeitszeitregelung, DB 65/703 ff.

MÜLLER: Einflüsse des kollektiven Arbeitsrechts auf das Arbeitsverhältnis DB 67/903 ff.

MÜLLER: Rechtspolitische Gedanken zum Betriebsverfassungsrecht, DB 70/1023 ff., 1076 ff.

- MUMMENHOFF: Die Sperrwirkung des Tarifvertrages nach den §§ 56 und 59 Betriebsverfassungsgesetz, Diss. Köln 1968 (zitiert: Mummenhoff Diss.).
- NEUMANN-DUESBERG: Betriebsverfassungsrecht, Ein Lehrbuch Berlin 1960.
- NEYSES: Grenzen der Mitbestimmung bei Sonderschichten, BlStSozArbR 77/181 ff.
- NIKISCH: Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BB 53/175 ff.
- NIKISCH: Die Regelungsabrede, DB 64/622 ff.
- NIKISCH: Arbeitsrecht, I. Band 3. Auflage Tübingen 1961, II. Band 2. Auflage Tübingen 1959, III. Band 2. Auflage Tübingen 1966.
- NIKISCH: Bemerkungen zur Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, Berlin/München 1965, S. 453 ff.
- NIPPERDEY: Die betrieblichen Arbeitsbedingungen des § 56 Betriebsverfassungsgesetz, RdA 68/450 ff.
- OBERMAYER: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes, DB 71/1715 ff.
- PETEREK: Anm. zu BAG v. 8.3.77 SAE 78/142 ff.
- PORNSCHLEGEL: Entwicklungstendenzen und Konfliktfelder der Tarifvertragsgestaltung, RdA 78/155 ff.
- PREIS: Einseitige tarifliche Bestimmungsrechte des Arbeitgebers und das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 BetrVG, DB 73/474.
- PÜNNEL: Die Einigungsstelle des BetrVG 1972, Neuwied 1981 (zitiert: Pünnel Einigungsstelle).
- QUASTEN: Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Betriebsvereinbarungen, Diss. Köln 1971 (zitiert: Quasten Diss.).
- REUTER: Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1973, ZfA 74/235 ff.
- REUTER: Anm. zu BAG v. 14.11.74, SAE 76/15 ff.

REUTER: Vergütung von AT-Angestellten und betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung, Königstein/Ts. 1979 (zitiert: Reuter Vergütung von AT-Angestellten).

REUTER: Die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Lage der Arbeitszeit von Ladenangestellten, ZfA 81/165 ff.

REUTER/STRECKEL: Grundfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, Frankfurt 1973 (zitiert: Reuter/Streckel Grundfragen).

REWOLLE: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 56 BetrVG, DB 58/1392 ff.

RICHARDI: Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse, München 1968.

RICHARDI: Lohngerechtigkeit und Leistungslohn, RdA 69/234 ff.

RICHARDI: Betriebsverfassung und Privatautonomie, Berlin/New York 1973.

RICHARDI: Anmerkung zu BAG v. 13.3.1973, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Werkmietwohnungen, Bl. 4 RS ff.

RICHARDI: Anm. zu BAG v. 12.6.75 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Altersversorgung.

RICHARDI: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung des Arbeitsentgelts, ZfA 76/1 ff.

RÖDL: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Regelung von Akkord- und Stücklohnsätzen nach § 56 I g (zitiert: Rödl Diss.).

RÜTHERS: Rechtsprobleme des Zeitlohns an taktgebundenen Produktionsanlagen, ZfA 73/399 ff.

RÜTHERS: Anm. zu LAG Düsseldorf v. 17.7.73 EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Initiativrecht.

RUMPFF: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Entgeltfragen, insbesondere beim Leistungslohn nach dem BetrVG'72 AuR 72/65 ff.

RUMPFF/DRÖGE: Kurzarbeit, Schriften zur Arbeitsrechtsblattei, Stuttgart/Wiesbaden 1975.

SÄCKER: Zur Interpretation der Öffnungsklausel des § 59 BetrVG, RdA 67/370 ff.

SÄCKER: Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972.

- SÄCKER: Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, ZfA-Sonderheft 1972 S. 41 ff.
- SÄCKER: Tarifvorrang und Mitbestimmung des Betriebsrats beim Arbeitsentgelt, BB 79/1201 ff.
- SIEBER: Der mitbestimmungsfreie Dotierungsrahmen bei der betrieblichen Altersversorgung, BB 76/367 ff.
- SIEBERT: Grundfragen der Akkordfestsetzung - Arbeitsvertrag und Mitbestimmung, BB 56/46 ff.
- SIEBERT: Grundgedanken der Betriebsverfassung, RdA 58/161 ff.
- SIMITIS/WEISS: Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kurzarbeit, DB 73/1240 ff.
- SÖLLNER: Mitbestimmung als Mitgestaltung und Mitbeurteilung, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundesarbeitsgerichts, München 1979, S. 611 ff. (zitiert: Söllner Festschrift 25 Jahre BAG).
- SÖLLNER: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1981.
- SCHAUB: Arbeitsrechtshandbuch, 4. Auflage, München 1980 (zitiert: Schaub Handbuch).
- SCHAUB: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsverfassungsrecht im Jahre 1980, DB 81/1331 ff.
- SCHHELP: Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung im Rahmen von § 59 des Betriebsverfassungsgesetzes, DB 62/1242 ff., 1275 ff.
- SCHIRDEWAHN: Ist die Mitbestimmung bei der Lohngestaltung verfassungsgemäß?, BB 80/163 ff.
- SCHLÜTER: Die Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG n.F.), DB 72/92 ff., 139 ff.
- SCHLÜTER: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1974, ZfA 75/437 ff.
- SCHNORR v. CAROLSFELD: Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954.
- SCHOLZ: Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971 (zitiert: Scholz Koalitionsfreiheit).

SCHULZE-OSTERLOH: Anm. zu BAG v. 29.3.77 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Provision.

STADLER: Inhalt und Grenzen des Mitbestimmungsrechts beim Akkord, BB 63/827 ff.

STADLER: Die Rechtsproblematik der Akkordmitbestimmung und ihre Bedeutung für den Betrieb BB 65/1459 ff.

STADLER: Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in Fragen der Leistungsentlohnung, BB 72/800 ff.

v. STEBUT: Die Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 74/332 ff.

STEGE/WEINSPACH: Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar für die betriebliche Praxis, 4. Auflage, Köln 1981.

STEINDORFF: Anm. zu BAG v. 12.6.75 AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG'72 Altersversorgung.

STRASSER: Die Betriebsvereinbarung nach österreichischem und deutschem Recht, 1957.

STRIEDER: Betriebliche Lohnpolitik, BB 80/420 ff.

TEICHMANN: Lohnpolitik, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974.

TESCHNER: Lohnpolitik im Betrieb Frankfurt/New York 1977 (zitiert: Teschner Lohnpolitik).

TÖDTMANN: Das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in sozialen Angelegenheiten, 2. Auflage Köln 1959 (zitiert: Tödtmann Mitbestimmungsrecht).

VIELHABER: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Regelung von Akkord- und Stücklohnsätzen, BB 53/358 ff.

VOLLMER: Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung zwischen mitbestimmungsrechtlicher und tarifvertraglicher Interessenvertretung.

WEBER: Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965.

WEBER: Anm. zu BAG v. 22.1.80, SAE 81/114 ff.

WEINHEIMER: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Akkordlöhnen, Diss. Köln 1964 (zitiert: Weinheimer Diss.).

WEISS: Betriebsverfassungsgesetz. Ein Kommentar für Studium und Praxis, Baden-Baden 1978.

WESTHOFF: Die bisherige Rechtsprechung zur Mitbestimmung bei Provisionssystemen, DB 80/1260 ff.

WIEDEMANN/MOLL: Anm. zu BAG v. 8.3.77, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Auszahlung.

WIEDEMANN/STUMPF: Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5. Auflage München 1976.

WIESE: Die Beschränkung der Sperrwirkung des § 59 BetrVG auf Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, RdA 68/41 ff.

WIESE: Anm. zu BAG v. 5.3.74 AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG'72 Kurzarbeit.

WIESE: Das Initiativrecht nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied/Darmstadt 1977 (zitiert: Wiese Initiativrecht).

WIESE: Zum Gesetzes- und Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 BetrVG, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundesarbeitsgerichts, München 1979, S. 661 ff. (zitiert: Wiese Festschrift 25 Jahre BAG).

WLOTZKE: Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarifvertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, Heidelberg 1957, (zitiert: Wlotzke Günstigkeitsprinzip).

WLOTZKE: Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht, RdA 63/1 ff.

ZACHERT: Anm. zu BAG v. 29.3.77, MitbestGespr. 78/50 f.

ZÖLLNER: Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, München/Berlin 1965, S. 699 ff.

ZÖLLNER: Arbeitsrecht, Studienbuch 2. Auflage, München 1979.

DATEN AUS DEM LEBENSLAUF DES VERFASSERS

- 01.03.1949 geboren in Langenfeld/Rhld.
Sohn des Industriekaufmanns
Hermann Klasen und seiner Ehefrau
Hildegard, geb. Poestges
deutscher Staatsangehöriger
- 03.07.1967 Abitur am Schloßgymnasium in
Düsseldorf-Benrath
- 25.11.1972 1. jur. Staatsexamen vor dem Justiz-
prüfungsamt beim OLG Hamm
nach Studium der Rechtswissenschaft an
den Universitäten Tübingen (WS 67/68 - SS 68)
und Münster/Westf. (WS 68/69 - WS 72/73)
- 01.07.1977 2. jur. Staatsexamen vor dem Justiz-
prüfungsamt beim OLG Stuttgart
nach juristischem Vorbereitungsdienst
im Bereich des LG Stuttgart
- seit
- 01.08.1977 Beschäftigung in der arbeitsrechtlichen
Abteilung eines Industrieunternehmens,
Referent für Betriebsverfassung

verheiratet seit 29.11.1974 mit der Rechtsanwältin
Ingeborg Klasen, geb. Effertz
ein Kind, Evelyn, geb. 20.12.1975

Druck: Polyfoto - Dr. Vogt KG
Forstrasse 58 Tel.: 0711/610641
7000 Stuttgart 1

